

UiO : **Det juridiske fakultet**

Forbudet mot konkurransbegrensende samarbeid og kollektive arbeidsavtaler

Kandidatnummer: 750

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17 563



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaringer og presiseringer	3
1.3	Særskilte metodespørsmål.....	3
1.3.1	Innledning	3
1.3.2	Forholdet mellom EØS art. 53 og EU-domstolens unntak for kollektive arbeidsavtaler.....	4
1.3.3	Forholdet mellom EØS art. 53 og krrl. §§ 10 og 3	5
1.4	Videre fremstilling	6
2	FORHOLDET MELLOM KONKURRANSERETT OG ARBEIDSMARKEDET....	7
3	PRESENTASJON AV EØS ART. 53	12
4	ALBANY-UNNTAKET	15
4.1	Innledning.....	15
4.2	Presentasjon av EU-domstolens avgjørelse i <i>Albany</i>	15
4.3	Vilkår 1: Avtalen må være inngått i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere.....	18
4.3.1	Innledning	18
4.3.2	Kollektive avtaler forhandlet frem på vegne av selvstendig næringsdrivende ..	18
4.3.3	Må arbeidsgiver være representert gjennom en organisasjon?	22
4.3.4	Krav om representativitet på arbeidstakersiden?	23
4.4	Vilkår 2: Avtalen må ha til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.....	24
4.4.1	Innledning	24
4.4.2	Begrepet ”arbeids- og ansettelsesvilkår”	25
4.4.3	Oppstilles det et krav om direkte forbedring?.....	27
4.4.4	Betydningen av partenes intensjoner	32
4.4.5	Krav om faktisk forbedring av arbeids-og ansettelsesvilkår?	35
4.4.6	Gjelder det en proporsjonalitetsbegrensning?	37
4.5	Oppsummering	40
5	EØS ART. 53’S SAKLIGE VIRKEOMRÅDE OG KOLLEKTIVE ARBEIDSAVTALER	42
5.1	Innledning.....	42
5.2	Foretakskriteriet	42

5.2.1	Presentasjon av foretakskriteriet	42
5.2.2	Arbeidstakere	44
5.2.3	Arbeidstakerorganisasjoner.....	48
5.2.4	Arbeidsgiver og arbeidsgiverorganisasjoner.....	50
5.2.5	Oppsummering.....	51
5.3	Forholdet mellom Albany-unntaket og foretakskriteriet.....	52
6	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	55
7	LITTERATURLISTE.....	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og kollektive arbeidsavtaler. Konkurranseloven (krll.) § 10 og EØS-avtalen (EØS) art. 53 forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen.¹ EØS art. 53 er parallell til Traktat om den Europeiske Unions funksjonsmåte (TEUF) art. 101².

EU-domstolens avgjørelse i *Albany*³, i 1999, dannet grunnlaget for en omfattende debatt om spenningsforholdet mellom kollektive arbeidsavtaler og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. I avgjørelsen la EU-domstolen til grunn at kollektive arbeidsavtaler mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, til tross for deres konkurransebegrensende virkning, faller utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUF art. 101(1) på grunn av de sosialpolitiske formål forfulgt ved denne type avtaler (heretter referert til som ”Albany-unntaket”⁴).

Interessant nok hadde ikke spørsmålet om konkurransereglens anvendelse på kollektive arbeidsavtaler kommet opp i ren form før 40 år etter starten av EU-samarbeidet.⁵ Dette kan vitne om at slike avtaler i stor grad har vært respektert, til tross for deres konkurransebegrensende virkning. En ytterligere forklaring kan være at konkurransereglene tradisjonelt ikke har vært rettet mot arbeidsmarkedet.⁶ Videre kan det tas som en indikasjon på at kollektive arbeidsavtaler har blitt mer omfattende og regulerer nye områder, som gjør de mer konkurransebegrensende enn før. EFTA-domstolen har påpekt at: ”det synes å være en tendens til å innta i tariffavtaler elementer som reflekterer endrede behov og interesseområder for partene.”⁷

¹ Bestemmelsene blir gjerne referert til som ”forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid”

² Traktat om den Europeiske Union (TEU) og Traktat om den Europeiske Unions Funksjonsmåte (TEUF) er EUs gjeldende traktatgrunnlag. Ved tidligere revisjoner har samtlige bestemmelser blitt omnummerert ved to anledninger. I det videre vil gjeldende nummerering benyttes dersom de viderefører eldre bestemmelser.

³ Sak C-67/96 *Albany*.

⁴ Unntaket har blitt referert til som ”Albany-undtagelsen” i den danske versjonen av generaladvokatens forslag til avgjørelse i *FNV Kunsten Informatie en Media* sak C-413/13, se avsnitt 28.

⁵ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* premiss 182.

⁶ Et uttrykk for denne oppfatning finnes i generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* avsnitt 31, hvor han fremholder: ”[a]rticle 101 TFEU was not conceived to regulate labour relationships”.

⁷ Sak E-8/00 *LO v. KF* premiss 54.

I løpet av de siste 20 årene har arbeidsmarkedet gjennomgått betydelige forandringer. Særlig har det skjedd en endring i arbeidsmarkedets struktur, i form av færre langvarige arbeidsforhold og et økt antall individer organisert som selvstendig næringsdrivende.⁸ Globalisering, teknologiske fremskritt, spredning av informasjons- og kommunikasjonsteknologi, endringer på etterspørersiden og veksten av servicesektoren har ledet til at bedrifter har måttet organisere seg på en mer fleksibel måte.⁹ Innholdet i kollektive arbeidsavtaler har blitt påvirket av denne forandring og dekker i økende grad nye temaer som for eksempel restrukturering og opplæringstilbud.¹⁰ I større grad enn tidligere utfordres konkurransereglene fordi kollektive arbeidsavtaler også har innvirkning på vare- og tjenestemarkedene.

Temaet er stadig aktuelt. EU-domstolen avgjorde nylig en sak som gjaldt en kollektiv arbeidsavtale som standardiserte prisene på tjenestene til selvstendig næringsdrivende, *FNV Kunsten Informatie en Media*.¹¹ Fra hjemlige trakter kan nevnes den verserende *Holship-saken*,¹² hvor det blant annet er spørsmål om en regulering i en tariffavtale som gir havnearbeidere fortrinnsrett til losse- og lastearbeid er i strid med EØS art. 53. Saken har sluppet gjennom til Høyesterett, som har anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.¹³ EFTA-domstolens uttalelse er forventet å foreligge høsten 2015.

I denne oppgaven vil to problemstillinger stå sentralt. Den første problemstillingen, som er av størst omfang, omhandler rekkevidden av det konkurranserettslige unntaket for kollektive arbeidsavtaler. Spørsmålet er hva som skal til for at en kollektiv arbeidsavtale skal omfattes av unntaket for arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av EU- og EFTA-domstolens rettspraksis (Albany-unntaket) og krrl. § 3. Dette innebærer en redegjørelse for unntakets to grunnvilkår, som knytter seg til avtalens formål og avtalens karakter. Oppgavens andre problemstilling knytter seg til det saklige virkeområde for forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS art. 53 og krrl. § 10. Bestemmelsen ”saklige virkeområde” avgrenses gjennom foretaksbegrepet.¹⁴ Spørsmålet er om en kollektiv arbeidsavtale som faller utenfor Albany-unntaket, kan være et samarbeid mellom ”foretak” eller en beslutning av en ”sammenslutning av foretak” i konkurransereglens forstand. Herunder vil forholdet mellom Albany-unntaket og foretakskriteriet diskuteres.

⁸ McCrystal og Syrpis (2014) s. 422.

⁹ Green paper COM [2006] 708 final kapittel s. 5.

¹⁰ Ibid. s. 5.

¹¹ Sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media*.

¹² LB-2014-76577.

¹³ HR-2015-75-U.

¹⁴ Se også NOU 2003:12 kap. 4.1.2 hvor begrepet ”saklig virkeområde” blir brukt om avgrensningen av konkurransereglens anvendelse gjennom foretaksbegrepet.

1.2 Begrepsavklaringer og presiseringer

Verken EU-traktatene eller EØS-avtalen inneholder en definisjon av ”tariffavtale” eller ”kollektiv arbeidsavtale”. I denne oppgaven benyttes begrepet ”kollektiv arbeidsavtale”. Grunnene til dette er at ”kollektiv arbeidsavtale” benyttes i EU-domstolens praksis,¹⁵ og for ikke å binde oppgaven til tariffavtalebegrepet slik det er definert i arbeidstvistloven § 1 e. En kollektiv arbeidsavtale vil som regel være en avtale mellom på den ene siden, en arbeidsgiver, en arbeidsgiverorganisasjon eller en sammenslutning av arbeidsgiverorganisasjoner og på den annen side en gruppe arbeidstakere, en arbeidstakerorganisasjon eller en sammenslutning av arbeidstakerorganisasjoner.

Begrepet ”selvstendig næringsdrivende” vil bli brukt om tjenesteytere som ikke er ansatt. I norsk rett opereres det i tillegg med begrepene ”oppdragstaker”, ”ikke-ansatt arbeidstaker” og ”frilanser”, og det er i visse henseender av rettslig betydning å skille mellom disse mellomkategoriene. Ordet ”selvstendig næringsdrivende” er i denne oppgaven ment å omfatte samtlige kategorier. I EU/EØS-konkurranserettslig sammenheng må grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig næringsdrivende fastlegges i samsvar med det autonome¹⁶ EU/EØS-rettslige arbeidstakerbegrepet slik det er tolket av EU- og EFTA-domstolen.¹⁷

Oppgavens andre problemstilling omhandler EØS art. 53’s ”saklige virkeområde”. Bestemmelsen ”saklige virkeområde” bestemmes av foretaksvilkåret, som definerer hvilke aktører som er pliktsubjekt.¹⁸ Dette innebærer at anvendelsen av de øvrige vilkår i EØS art. 53 på kollektive arbeidsavtaler faller utenfor oppgavens ramme.

1.3 Særskilte metodespørsmål

1.3.1 Innledning

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid mellom to eller flere foretak er i norsk rett hjemlet i krrl. § 10 og EØS art. 53. EØS art. 53 er parallellen til TEUF art. 101. Krrl. § 3 første ledd unntar fra konkurranselovens anvendelsesområde avtaler om ”arbeids- og

¹⁵ Se for eksempel sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* premiss 41.

¹⁶ Sak C-357/89 *Raulin* premiss 10.

¹⁷ Sak C-22/98 *Becu* premiss 26.

¹⁸ NOU 2003:12 avsnitt 4.2.1.1.

ansettelsesvilkår”. Innenfor EU-retten har EU-domstolen innfortolket et unntak i TEUF art. 101(1) for kollektive arbeidsavtaler om arbeids- og ansettelsesvilkår.

Dette reiser to spørsmål: For det første om unntaket for kollektive arbeidsavtaler som EU-domstolen har innfortolket i TEUF art. 101 skal overføres til EØS art. 53. Ved et bekreftende svar oppstår spørsmålet om krrl. § 10, herunder unntaket for ”arbeids- og ansettelsesvilkår” i krrl. § 3, skal forstås på samme måte som EØS art. 53 ved den konkurranserettslige vurderingen av kollektive arbeidsavtaler etter den norske konkurranseloven.

1.3.2 Forholdet mellom EØS art. 53 og EU-domstolens unntak for kollektive arbeidsavtaler

Spørsmålet er om unntaket som EU-domstolen har innfortolket i TEUF art. 101 for kollektive arbeidsavtaler også skal innfortolkes i EØS art. 53. Homogenitetsprinsippet¹⁹ innebærer en presumsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i TEUF skal tolkes likt og at rettspraksis fra EU-domstolen må tillegges betydelig vekt.²⁰ Forskjeller i virkeområde og formål mellom EØS-retten og EU-retten kan imidlertid under ”særlige omstendigheter” innebære at EØS-retten må tolkes annerledes enn EU-retten.²¹

Dette reiser spørsmålet om ”særlige omstendigheter” tilsier at EØS art. 53 skal tolkes annerledes enn TEUF art. 101 ved den konkurranserettslige vurderingen av kollektive arbeidsavtaler. EU-domstolen etablerte unntaket på bakgrunn av den dagjeldende Sosialpakten og bestemmelser om EUs sosial- og arbeidsmarkedspolitikk som ble tilføyd ved Maastricht-traktaten, som derfor ikke har en direkte parallell i EØS-avtalen. EFTA-domstolen tok stilling til dette i *KLP-saken*. EFTA-domstolen konstaterte at EØS-avtalen på samme måte som EU-traktaten vektlegger sosialpolitiske hensyn. Det ble vist til flere uttalelser i EØS-avtalens forale og avtalens del V kapittel 1 om sosialpolitikk. Dette ledet EFTA-domstolen til følgende konklusjon;

”(…) de kriteriene som anvendes av Domstolen for De europeiske fellesskap for å definere anvendelsesområdet for artikkel [TEUF art. 101] i forhold til tariffavtaler, må anvendes på tilsvarende måte ved vurderingen av anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.”²²

På denne bakgrunn må det legges til grunn at unntaket for kollektive arbeidsavtaler som EU-domstolen har innfortolket i TEUF art. 101(1) også må gjelde for EØS art. 53.

¹⁹ Se EØS-avtalens art. 1 nr. 1 og fortalens fjerde og femte betraktning.

²⁰ Se EØS art. 6 og ODA-avtalen art. 3(2).

²¹ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oreal* premiss 27.

²² Sak E-8/00 *LO v. KS* premiss 44.

1.3.3 Forholdet mellom EØS art. 53 og krrl. §§ 10 og 3

EØS-avtalens konkurransebestemmelser kommer bare til anvendelse når ”handelen mellom avtalepartene påvirkes”. Dersom samhandelen påvirkes vil både EØS-avtalen § 53 og krrl. § 10 komme til anvendelse, men EØS-konkurranseretten vil gå foran norsk konkurranselovgivning ved motstrid jf. EØS-loven § 2. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd vil hindre at norsk konkurranselovgivning anvendes strengere enn det som følger av EØS art. 53, dersom samhandelen påvirkes.

Spørsmålet er om forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10 og unntaket for ”arbeids- og ansettelsesvilkår” i krrl. § 3 skal tolkes og anvendes på samme måte som EØS art. 53 ved den konkurranserettslige vurderingen av kollektive arbeidsavtaler.

I forarbeidene til konkurranseloven går det frem at krrl. § 10 skal harmoniseres med EØS art. 53:

«En del av formålet med å innføre forbud som er utformet etter den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 53 i EØS-avtalen, er å harmonisere de norske reglene på området med EØS-reglene. (...) Rettspraksis fra EU- og EØS-retten må derfor **veie tungt** som rettskilde ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen.»²³ (min utheving)

EFTA-domstolens, EU-domstolens og Førsteinstansrettens praksis er altså forutsatt å være tungtveiende rettskilder ved anvendelsen av krrl. § 10.

Konkurranseloven § 3 første ledd foreskriver at loven ”ikke gjelder for arbeids- og ansettelsesvilkår”. Av særlig interesse er merknaden i forarbeidene om forholdet mellom krrl. § 3 og unntaket for kollektive arbeidsavtaler i EU/EØS-konkurranseretten:

”På basis av foranstående [*KLP-saken*²⁴], og lignende avgjørelser ved EF-domstolen, er bestemmelsen i første ledd i praksis unødvendig. Paragrafene 10 og 11 må uansett anvendes i overensstemmelse med praksis for vurdering av bestemmelser i kollektive arbeidsavtaler i EU/EØS. Av hensyn til klarhet er unntaket likevel videreført i loven, men med endret ordlyd(...)”²⁵

²³ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

²⁴ Sak E-8/00 *LO v. KS*.

²⁵ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 222.

Departementet mente ordlyden i dagjeldende konkurranselov § 1-3 som unntok ”lønns- og arbeidsvilkår” burde endres til et unntak for ”arbeids- og ansettelsesvilkår” for å komme i overensstemmelse med begrepsbruken i EU- og EFTA-domstolens praksis. Unntaket i krrl. § 3 ble av pedagogiske grunner videreført.²⁶

Det er i forarbeidene klart forutsatt at anvendelsen av krrl. §§ 10 jf. § 3 på kollektive arbeidsavtaler må bli den samme etter den norske konkurranseloven som etter EU/EØS-konkurranseretten. Derfor vil oppgaven ha hovedfokus på EØS art. 53 og det domstolskapte unntaket, slik det er tolket og anvendt i EU- og EFTA-domstolens rettspraksis.

1.4 Videre fremstilling

I kapittel 2 gis hensiktsmessig bakgrunnsmateriale for oppgavens tema. I kapittel 3 gis en kortfattet oversikt over bestemmelsen i EØS art. 53. Oppgavens to hovedproblemstillinger vil bli behandlet i kapittel 4 og 5. I kapittel 4 behandles unntaket for kollektive arbeidsavtaler. Hovedproblemstillingen knytter seg til Albany-unntakets rekkevidde. Spørsmålet er hva som skal til for at en kollektiv arbeidsavtale faller inn under unntaket. I kapittel 5 behandles oppgavens andre problemstilling som knytter seg til anvendelsen av foretakskriteriet på arbeidsmarkedets aktører. I denne sammenheng vil også forholdet mellom Albany-unntaket og foretakskriteriet som grunnlag for konkurranserettslig immunitet fra EØS art. 53 diskuteres. I kapittel 6 følger noen avsluttende betraktninger.

²⁶ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 35.

2 Forholdet mellom konkurranserett og arbeidsmarkedet

Som bakgrunnsmateriale for den videre drøftelse vil dette kapitlet presentere hensyn som begrunner konkurransereglene og hensyn bak regler som gir arbeidsmarkedets parter kompetanse til å forhandle kollektivt. Det vil belyses hvordan disse kan komme i konflikt. Deretter gis et kort historisk tilbakeblikk som viser hvordan konflikter mellom konkurransereglene og kollektive avtaler har vært løst på henholdsvis nasjonalt plan og på EU-plan.

”[L]abor law promote and encourage what (...) antitrust laws forbid: cartels, or agreements to fix prices and control production levels.”²⁷

Konkurransereglene skal beskytte markedsstrukturen og konkurransen som sådan. Imidlertid er konkurranse ikke et mål i seg selv, men et virkemiddel til å oppnå en effektiv bruk av samfunnets ressurser, noe som i siste omgang er antatt å komme forbrukeren til gode.²⁸ Effektiv ressursbruk er et sentralt konkurransepolitisk formål i både EU/EØS-konkurranseretten og den ”norske konkurranseretten”,²⁹ og beskyttelse av forbrukerens interesser står sentralt.³⁰ I EU/EØS-konkurranseretten står også hensynet til dannelsen av det indre marked sentralt.³¹

Det konkurransepolitiske formålet om samfunnsøkonomisk effektivitet, tilsier en effektiv utnyttelse av tilgjengelige ressurser (statisk effektivitet) og samfunnsøkonomisk ønskelig innovasjon og endring i form av nye produkter og produksjonsprosesser (dynamisk effektivitet).³² Konkurranse betyr rivalisering og virker motiverende på foretakenes atferd. Konkurranse mellom foretak er antatt å lede til kostnadseffektivitet, et høyt produksjonsnivå og tilpasning av varer og tjenester etter kundenes behov.³³

På arbeidsmarkedet påvirkes prisen (lønnen) som andre markeder, av tilbud og etterspørsel (på arbeidskraft). På dette markedet kan styrkeforholdet mellom aktørene, arbeidsgiveren og arbeidstakeren, være ubalansert. Forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker betegnes gjerne som ”asymmetrisk”, fordi tilbudet av arbeidskraft tradisjonelt er større enn

²⁷ Booker (1983) s. 332.

²⁸ NOU 2012: 7 avsnitt 3.1

²⁹ Se krrl. § 1.

³⁰ Se TEUF art. 12 sml. krrl § 1 annet ledd.

³¹ Sak 27/76 *Metro I* premiss 20.

³² NOU 2012: 7 avsnitt 3.4.1.

³³ Evensen og Sæverås (2009) s. 26.

etterspørselen. Dette kan gi arbeidsgiveren en sterk forhandlingsposisjon. Denne ubalansen er søkt utjevnet gjennom å tilrettelegge for at arbeidstakerne kan slutte seg sammen og la seg representere gjennom organisasjoner med kompetanse til å inngå kollektive arbeidsavtaler med arbeidsgiver. Dette tjener til at arbeidstakere får en sterkere forhandlingsposisjon overfor arbeidsgiver. Et av hovedformålene med en kollektiv arbeidsavtale er å beskytte arbeidstakere mot de uheldige virkningene av konkurranse om lønns- og arbeidsvilkår. Kollektive arbeidsavtaler sikrer typisk arbeidstakeren en minstelønn og et minstenivå på andre arbeidsforhold. Arbeidstakeres foreningsfrihet og rett til kollektive forhandlinger nyter vern i medhold av blant annet ILO art. 87 og art. 98.

Som påpekt av EFTA-domstolen i *KLP-saken* er det grunnleggende forskjeller mellom arbeidsmarkedet og markedene for varer, tjenester og kapital.³⁴ Kollektiv organisering og foreningsfrihet er konstruert rundt tanken om at arbeidskraften ikke er en vare - man kan ikke skille arbeid fra person.³⁵ Dette har de fleste land som forbyr konkurransebegrensende samarbeid tatt høyde for, gjennom ulike ordninger som begrenser konkurransereglenes anvendelse på kollektive arbeidsavtaler.

Selv om særlige sosialpolitiske hensyn gjør seg gjeldende på arbeidsmarkedet, gjelder det ikke et generelt unntak for arbeidsmarkedet fra EU/EØS-konkurransereglene. I *Höfner*³⁶, som gjaldt et offentlig arbeidsformidlingsforetaks' enerett på å formidle arbeidskraft, slo domstolen fast at konkurransereglene også gjelder på arbeidsmarkedet.

Kollektive arbeidsavtaler vil nødvendigvis begrense konkurransen. For det første begrenses konkurransen mellom arbeidstakerne, i den forstand at de ikke kan tilby sin arbeidskraft mot mindre lønn og dårligere arbeidsvilkår enn det som er fastsatt i den kollektive arbeidsavtalen. Et viktig formål med kollektive arbeidsavtaler er nettopp å hindre arbeidstakere i å ta del i et "race to the bottom".³⁷ På arbeidsgiversiden vil avtalen kunne legge bånd på bedriftenes frihet til å tilpasse seg prisen på arbeidskraft og til å organisere bedriften mer effektivt. Imidlertid er det et poeng at minstepriser og andre minstestandarder i kollektive arbeidsavtaler ikke legger begrensninger på arbeidsgiverens adgang til å tilby sine ansatte mer fordelaktige vilkår; i dette henseende er ikke konkurransen mellom arbeidsgiverne begrenset.

I tillegg til de konkurransebegrensende virkningene på arbeidsmarkedet, vil en kollektiv avtale kunne ha konkurransebegrensende virkninger på andre markeder. For eksempel er

³⁴ Sak E-8/00 *LO v KS* premiss 34.

³⁵ Se for eksempel ILO Philadelphia-erklæring 1944 art. 1.

³⁶ Sak C-41/90 *Höfner*.

³⁷ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* avsnitt 178.

minstelønner egnet til å påvirke den endelige prisen på et produkt. Standardisering av lønnsvilkår kan, ut fra et konkurranserettslig perspektiv, betraktes som en samordning av bedriftenes drifts- og produksjonskostnader og kan sammenlignes med innkjøpssamarbeid av innsatsfaktorer. En slik betraktning tar imidlertid ikke høyde for at arbeidstakere ikke er en ensartet vare. Som påpekt av generaladvokat Jacobs vil arbeidstakerens produktivitet avhenge av en rekke forhold som motivasjon, opplæring, kvalifikasjon og teknologiske hjelpemidler.³⁸ Alle disse faktorer kan påvirkes av arbeidsgiveren, uavhengig av om det er fastsatt en bestemt minstelønn. At arbeidstakerne mottar samme lønn innebærer således ikke nødvendigvis at arbeidsgiverne har de samme reelle kostnader.

Reguleringer i kollektive arbeidsavtaler som forbyr arbeidsgiver i å outsource³⁹ arbeidsoppgaver eller reguleringer som gir arbeidstakere fortrinnsrett til en bestemt type arbeidsoppgaver kan hindre arbeidsgiver i å ta i bruk ny teknologi, spesialiserte tjenesteytere og andre virkemidler som ledd i en effektiv organisering av bedriften. Slike reguleringer kan virke hemmende på arbeidsgiverens incentiver til innovasjon.⁴⁰

Kollektive forhandlinger kan imidlertid også bidra til gjensidig akseptable reguleringer i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og kan ha positive virkninger på samfunnet som helhet i form av å forebygge dyre arbeidskonflikter og minske omkostningene ved inngåelsene av avtaler. Dette innebærer at kollektive forhandlinger til en viss grad ivaretar effektivitetshensyn, på samme måte som konkurransereglene. Formålet bak konkurransereglene og virkningene av kollektive forhandlinger kan således trekke i samme retning.

I det videre gis et kort historisk tilbakeblikk gjennom noen eksempler på hvordan konflikten mellom kollektive arbeidsavtaler og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid har vært løst på henholdsvis EU-plan og innenfor EU/EØS-landenes nasjonale rett.

Før 1999 fantes det ingen rettspraksis innenfor EU/EØS-retten som tok uttrykkelig stilling til konkurransereglenes anvendelse på kollektive arbeidsavtaler. Noen hint om problemstillingen kan imidlertid spores i EU-rettslig sammenheng før 1999.

³⁸ Ibid. avsnitt 182

³⁹ Begrepet "outsourcing" brukes gjerne om "situasjoner hvor en virksomhet overlater til en selvstendig oppdragstaker å utføre arbeid for virksomheten som den tidligere har fått utført av egne ansatte", se Sundet (2003) s. 89.

⁴⁰ Edwardssons spørsmål gir et eksempel på denne konflikten: "Var det rätt at grafikerna under många år kunde motsätta sig att journalister direkt skrev in det journalistiske materialet vid tidningsfrämställningen med hjälp av ett ordbehandlingsprogram, utan at texten sattes av en grafiker?" se Edwardsson (2002) s. 33-34.

I EU-kommisjonens avgjørelse på midten av 80-tallet, *Irish Banks' Standing Committee*,⁴¹ ble det forutsatt at kollektive arbeidsavtaler kunne rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. En sammenslutning av irske banker notifikerte EU-kommisjonen om en avtale som samkjørte bankenes åpningstider. En del av avtalen var et resultat av bankforeningens kollektive arbeidsavtale med arbeidstakerorganisasjonen, hvor blant annet åpningstider var regulert. Kommisjonen gransket avtalen om åpningstider opp mot TEUF artikkel 101. Bankforeningen fikk innvilget negativattest da konkurransebegrensningen ikke var merkbar. Implisitt la kommisjonen til grunn at en avtale om åpningstider mellom arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakerorganisasjoner kunne utgjøre en konkurransebegrensende avtale i strid med forbudet i TEUF art. 101.

Et annet hint om problemstillingen er å finne i et spørsmål som ble stilt til EU-parlamentet i forbindelse med *Fiat-saken*. Saken handlet om arbeidsulykker innen FIAT-gruppen og de dårligere helse- og sikkerhetsstandardene som gjaldt for italienske arbeidstakere, sammenlignet med arbeidstakere i andre medlemsland. Konkurransereglene ble påberopt, og kommissæren for sosiale forhold, Papandreou, uttalte: «However, it seems very doubtful that Fiat's treatment of its workers could give rise to an infringement of either art. [101] or [102] of the Treaty, which are not in principle concerned with matters of labour law».⁴²

Samtlige skandinaviske land har lenge hatt et lovfestet unntak for avtaler om lønns- og arbeidsvilkår i sine konkurranselover. I Danmark avgjorde den danske Højesteret en viktig sak allerede i 1965.⁴³ En kollektiv arbeidsavtale, som gjaldt for tekstilindustrien, inneholdt en bestemmelse om at uniformer til statsansatte skulle betales som "skræddersyede varer". Avtalereguleringen opprettholdt etterspørselen på tilvirkningen av skreddersyde uniformer, og derigjennom etterspørselen av håndverkernes tjenester. Arbeidsgiverne slapp på sin side konkurranse fra innenlandsk og utenlandsk klesindustri. Den danske Højsteret la til grunn at reguleringen falt utenfor unntaket for "aftaler om løn- og arbeidsforhold" ettersom avtalereguleringen hadde en direkte innvirkning på produktmarkedet. Den kollektive arbeidsavtalen ble ansett å stride mot kartellforbudet i monopolloven.⁴⁴

I Norge var problemstillingen så vidt oppe i Rt. 1997 s. 334 "Sola Havn", hvor Høyesterett vurderte lovligheten av boikotten til en gruppe havnearbeidere. I saken uttalte førstvoterende:

⁴¹ Official Journal 1986 L 295 s. 28.

⁴² Skriftlig spørsmål nr. 777/89 til parlamentet OJ C328/3, 31.12.1990.

⁴³ UfR 1965.634 H "Dansk Beklædningsarbejderforbund".

⁴⁴ Monopollovens § 2 andre ledd.

”Bedriftens henvisning til konkurranselovgivningen kan jeg vanskelig se kan ha noen betydning i en slik sak. Arbeids og lønnsforhold er unntatt fra denne lovgivningen, nettopp fordi systemet med tariffavtaler forutsetter begrensninger i konkurransen.”⁴⁵

Gjennomgangen har vist at kollektive arbeidsavtaler til en viss grad kan trekke i motsatt retning av konkurransereglens formål. Arbeidsmarkedet har spesielle egenskaper som skiller seg fra vare- og tjenestemarkedene. Den sparsomme rettspraksis om forholdet mellom kollektive arbeidsavtaler og konkurransereglene på EU/EØS-nivå før *Albany*, tilsier at kollektive arbeidsavtaler i liten grad har vært i konkurransemyndighetenes søkelys. Først når kollektive arbeidsavtaler har konkurransebegrensende virkninger på markedene for varer- og tjenester kan det virke som at konflikten komme på spissen.

⁴⁵ Rt. 1997 s. 334 på s. 340.

3 Presentasjon av EØS art. 53

Før jeg går inn på rekkevidden av unntaket for kollektive arbeidsavtaler, som er oppgavens første hovedproblemstilling, er det hensiktsmessig å gi en presentasjon av bestemmelsen som Albany-unntaket gjør unntak fra. Dette er også nyttig for oppgavens kapittel 5, hvor spørsmålet om en kollektiv arbeidsavtale kan være et samarbeid mellom foretak vil bli behandlet. Hensikten er å gi en overordnet presentasjon av bestemmelsen.

EØS art. 53 første ledd lyder:

”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt(…)”

Bestemmelsen inneholder videre en oppramsing av ulike former for samarbeid som typisk vil ha til formål å begrense konkurransen.

Bestemmelsens første ledd oppstiller fire vilkår for at bestemmelsen skal anses overtrådt.

For det første må det identifiseres et samarbeid mellom «foretak». Foretakskriteriet definerer bestemmelsens saklige anvendelsesområde og hvem som er pliktsubjekt etter bestemmelsen. De to sentrale elementer i foretakskriteriet er utøvelsen av økonomisk virksomhet og at samarbeid innenfor samme økonomisk enhet ikke rammes. EØS art. 53 får også anvendelse på beslutninger av ”sammenslutninger av foretak”. En nærmere presentasjon av foretakskriteriet vil bli gitt i delkapittel 5.2.

For det andre må det foreligge en «avtale» eller «samordnet opptreden» mellom foretak, eller en «beslutning» av sammenslutninger av foretak. Dette betegnes gjerne som ”samarbeidskriteriet”. Domstolen legger mindre vekt på formen samarbeidet gir seg uttrykk. Samarbeidskriteriet avgrenser først og fremst mot ensidig opptreden som ikke rammes av EØS art. 53, men som kan rammes av EØS art. 54.

”Avtale” har i EU-domstolens praksis vært tolket vidt. Et minstevilkår er at de involverte foretakene har en ”uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte”⁴⁶

⁴⁶ Sak E-3/97 *Jæger* premiss 33.

Hvordan den felles vilje kommer til uttrykk er av underordnet betydning, og kan være skriftlig, muntlig, uttrykkelig eller stilltiende.⁴⁷

Kategorien ”samordnet opptreden” fanger opp situasjoner hvor bevissituasjonen er utilstrekkelig til å anse avtalekriteriet tilfredsstillt. EU-domstolen har karakterisert ”samordnet opptreden” som: ”a form of coordination between undertakings which, without having been taken to a stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes for the risks of competition practical cooperation between them.”⁴⁸

En ”beslutning” av en sammenslutning av foretak kan være alt fra sammenslutningens interne regelverk, avgjørelser som er bindende for medlemmene og anbefalinger til medlemmene av sammenslutningen.

For det tredje må samarbeidet ha «til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Dersom det konstateres at samarbeidet har et konkurransebegrensende *formål* er det etter fast rettspraksis ikke nødvendig å se hen til avtalens *virkning*.⁴⁹ Det følger av EU-domstolens praksis at avtaler som etter sin natur må antas å ha konkurransebegrensende virkninger, anses å ha begrensende formål⁵⁰. Formålsvurderingen er objektiv⁵¹. Avgjørende er om samarbeidet mellom foretakene: ”reveal a sufficient degree of harm to competition”.⁵² Samordnet opptreden i form av utveksling av informasjon om prisfaktorer vil kunne ha til ”formål” å begrense konkurransen.⁵³ Vurderingen av om avtalen har en konkurransebegrensende *virkning* forutsetter at det relevante markedet defineres og en analyse av den økonomiske og juridiske konteksten avtalen virker i.

I tillegg gjelder et ulovfestet krav om at bare atferd som ”merkbart” begrenser konkurransen rammes av forbudet.⁵⁴ Markedsandelsterskler utgjør en av flere faktorer for vurderingen av om konkurransebegrensningen er ”merkbar”.⁵⁵ EU-domstolen har slått fast at samarbeid mellom foretak som har et konkurransebegrensende formål, alltid vil oppfylle merkbarhetskriteriet.⁵⁶

⁴⁷ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P *BAI and Commission v Bayer* premiss 102.

⁴⁸ Sak C-199/92 P *Hüls AG* premiss 158.

⁴⁹ Forente saker 56 og 58/64 *Consten and Grundig* s. 343.

⁵⁰ Sak C-226/11 *Expedia* premiss 36.

⁵¹ C-32/11 *Allianz Hungária* premiss 36.

⁵² Sak C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires* premiss 58.

⁵³ Sak C-286/13 P *Dole* premiss 127.

⁵⁴ Sak 56/65 *Société Technique Minière* s. 216.

⁵⁵ Sak C-266/11 *Expedia*.

⁵⁶ *Ibid.* premiss 37.

For det fjerde må samarbeidet «påvirke handelen mellom avtalepartene». Dette vilkåret trekker skillelinjen mellom EØS-konkurranserett og nasjonal konkurranserett. Der samhandelen ikke påvirkes, kommer ikke EØS-bestemmelsen til anvendelse.

Virkningen av at konkurranseforbudet i første ledd er overtrådt, er at avtalen er ugyldig, jf. EØS art. 53(2).

Etter EØS art. 53(3) kan samarbeid som begrenser konkurransen i strid med EØS art. 53 (1) likevel være tillatt dersom samarbeidet gir effektivitetsgevinster som er egnet til å oppveie de negative virkningene av det konkurransebegrensende samarbeidet. Unntaket er begrunnet i at konkurransebegrensende samarbeid noen ganger fremmer konkurranselovens formål om samfunnsøkonomisk effektivitet. Både avtaler som har et konkurransebegrensende formål og avtaler som har konkurransebegrensende virkning kan være tillatt etter bestemmelsen.⁵⁷

⁵⁷ Sak C-501/06 P *GlaxoSmithKline*.

4 Albany-unntaket

4.1 Innledning

I dette kapitlet skal det redegjøres for rekkevidden av unntaket for kollektive arbeidsavtaler som EU-domstolen har innfortolket i TEUF art. 101(1), og som må innfortolkes i EØS art. 53(1). Spørsmålet er hva som skal til for at en kollektiv arbeidsavtale skal omfattes av Albany-unntaket. Først gis en kort presentasjon av EU-domstolens grunnleggende avgjørelse i *Albany* og henholdsvis Generaladvokatens og Domstolens analyse. Deretter behandles unntakets to vilkår i lys av senere rettspraksis.

4.2 Presentasjon av EU-domstolens avgjørelse i *Albany*

EU-domstolens avgjørelser i *Albany*⁵⁸, *Brentjens*⁵⁹ og *Drijvende Broken*⁶⁰ reiste en rekke spørsmål i tilknytning til hvorvidt obligatorisk tilslutning til et nederlandsk pensjonsfond var i tråd med konkurransereglene, herunder TEUF art. 101. De tre sakene reiste hovedsakelig de samme rettslige problemstillingene, og *Brentjens* og *Drijvende Broken* bygget på rettssetningen i *Albany*. Her gis derfor en presentasjon av saksforholdet i *Albany*.

Pensjonsordningen innen den nederlandske tekstilindustrien var etablert gjennom en kollektiv arbeidsavtale og hadde til formål å sikre arbeidstakerne ansatt i tekstilindustrien i 40 år en pensjon tilsvarende 70 prosent av deres sluttlønn. Avtalen opprettet et eget fond til å administrere pensjonsordningen. I 1975 ble tilslutning til fondet gjort obligatorisk for alle bedrifter innenfor tekstilindustrien, gjennom en beslutning fra arbeids- og sosialministeren. Tekstilbedriften Albany International BV ("Albany") ønsket dispensasjon fra pensjonsordningen, med ønske om tilslutning til et annet pensjonsfond som sikret bedriftens arbeidstakere tilsvarende velferdsgevinster, til en lavere kostnad. Dispensasjon ble ikke innvilget.

Albany nedla påstand for den nasjonale domstol om å kjenne ugyldig et pålegg om betaling fra pensjonsfondet. Albany hevdet pensjonsordningen var i strid med konkurransereglene, da den obligatoriske tilslutningen til pensjonsfondet hindret bedriften i å inngå avtaler med andre pensjonsleverandører og gjorde det vanskelig for andre pensjonsleverandører å komme inn på

⁵⁸ Sak C-67/96 *Albany*.

⁵⁹ Forente saker C-115-117/97 *Brentjens*.

⁶⁰ Sak C-219/97 *Drijvende Bokken*.

markedet. Den nederlandske domstol besluttet å forelegge EU-domstolen tre spørsmål, som omhandlet statens beslutning om å gjøre pensjonsordningen obligatorisk.

I denne sammenheng er det spørsmål nr. 2 og domstolens svar på dette som er av interesse:

”(...) is the fact of making membership of the sectoral pension fund for industrial undertakings compulsory a measure adopted by a Member State which nullifies the effectiveness of the competition rules applicable to undertakings?”⁶¹

For å besvare dette spørsmålet måtte domstolen først ta stilling til om den kollektive arbeidsavtalen om å etablere et pensjonsfond var i strid med TEUF art. 101.⁶²

I sitt forslag til avgjørelse påpekte generaladvokat Jacobs at det var et visst spenningsforhold mellom regler i EU-traktatverket som oppfordret arbeidslivets parter til dialog på den ene side og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid på den andre.⁶³ Han la til grunn at det burde gjelde et begrenset unntak fra TEUF art. 101 for avtaler mellom arbeidsmarkedets parter. Han foreslo følgende:

”(...) collective agreements between management and labour concluded in good faith on core subjects of collective bargaining such as wages and working conditions which do not directly affect third markets and third parties are not caught by Article [101](1) of the Treaty.”⁶⁴

I den påfølgende avgjørelsen uttalte ikke EU-domstolen seg om de kriterier som ble foreslått av generaladvokaten for kollektive arbeidsavtalers konkurranserettslig immunitet: avtaleinngåelse i god tro, om kjernetemaer, som ikke direkte virket inn på andre markeder og tredjepersoner. EU-domstolen påpekte at et grunnleggende formål i EU-traktaten ikke bare er å sikre at konkurransen innenfor det indre markedet ikke vris, men også å innføre en politikk på det sosiale området.⁶⁵ På bakgrunn av en avveining mellom disse delvis motstridende formål la domstolen til grunn at det måtte gjelde et begrenset unntak fra TEUF art. 101 for kollektive arbeidsavtaler. Essensen av domstolens avgjørelse i *Albany* fremgår av avgjørelsens premiss 59 og 60:

⁶¹ C-67/96 *Albany* premiss 37.

⁶² Det følger av fast rettspraksis at TEU art. 4 (3) lest i sammenheng med TEUF art. 101 pålegger staten en plikt til ikke å støtte eller forsterke de konkurransebegrensende virkninger av tiltak som strider mot TEUF art. 101. For å ta stilling til om staten kunne holdes ansvarlig, måtte domstolen ta stilling til om den kollektive arbeidsavtale var i strid med TEUF art. 101.

⁶³ Se TEUF art. 153 og art. 155.

⁶⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* avsnitt 194.

⁶⁵ Sak C-67/96 *Albany* premiss 54.

”It is beyond question that certain restrictions of competition are inherent in collective agreements between organisations representing employers and workers. However, the social policy objectives pursued by such agreements would be seriously undermined if management and labour were subject to Article [101(1)] of the Treaty when seeking jointly to adopt measures to improve conditions of work and employment.

It therefore follows from an interpretation of the provisions of the Treaty as a whole which is both effective and consistent that agreements concluded in the context of collective negotiations between management and labour in pursuit of such objectives must, by virtue of their **nature and purpose**, be regarded as falling outside the scope of Article [101(1)] of the Treaty.”⁶⁶ (min utheving)

Domstolen avgrenset unntakets rekkevidde ved å oppstille et krav til avtalens ”karakter” og ”formål”.

Anvendt på det konkrete saksforholdet, konkluderte EU-domstolen med at vilkåret om avtalens karakter var oppfylt, ettersom avtalen var et resultat av kollektive forhandlinger mellom organisasjoner som representerte arbeidsgivere og arbeidstakere. Også formålsvilkåret var oppfylt, pensjonsordningen hadde til formål å garantere et visst pensjonsnivå for samtlige arbeidstakere og derfor ledet til en direkte forbedring av deres arbeids- og ansettelsesvilkår.

På bakgrunn av *Albany* har det i etterfølgende rettspraksis vært utledet to kumulative vilkår for at en kollektiv arbeidsavtale skal være unntatt fra TEUF art. 101 jf. EØS art. 53.⁶⁷ Det første vilkåret gjelder avtalens *karakter*. Avtalen må være inngått i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. Det andre vilkåret gjelder avtalens *formål*. Avtalen må ha til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. I det videre drøftes hva som nærmere ligger i disse to vilkår.

⁶⁶ Ibid. premiss 59-60.

⁶⁷ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* avsnitt 24.

4.3 Vilkår 1: Avtalen må være inngått i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere

4.3.1 Innledning

Det første vilkåret i Albany-unntaket gjelder avtalens *karakter*. I *Albany* la EU-domstolen til grunn at: "agreements concluded in the context of collective negotiations between management and labour" kunne falle utenfor anvendelsesområdet til TEUF art. 101.

Dette reiser spørsmålet hva som ligger i begrepet "management and labour". Først drøftes hvorvidt individer organisert som selvstendig næringsdrivende kan være "labour" i unntakets forstand. Deretter drøftes om det oppstilles noen formelle kriterier partene til avtalen må oppfylle, herunder om arbeidsgiver må være representert gjennom en organisasjon og om arbeidstakerne må være representative.

4.3.2 Kollektive avtaler forhandlet frem på vegne av selvstendig næringsdrivende

Spørsmålet som drøftes er om kollektive avtaler forhandlet frem på vegne av selvstendig næringsdrivende kan omfattes av Albany-unntaket, nærmere bestemt om individer organisert som selvstendig næringsdrivende kan være "labour" i unntakets forstand.

Selvstendig næringsdrivende yter sine tjenester på tjenestemarkedet. Tjenester og arbeidskraft er etter EU-traktatens og EØS-avtalens system to distinkte konsepter. Forbedring av selvstendig næringsdrivendes muligheter på markedet har imidlertid vært anerkjent innenfor EU/EØS-retten som et viktig sosialpolitisk formål som ledd i kampen for økt sysselsetting.⁶⁸

EU-domstolens avgjørelse i *Pavlov* presiserer hva det innebærer at avtalen må være inngått mellom "management and labour". I 1973 etablerte en sammenslutning av legespesialister, organisert som selvstendig næringsdrivende, en tjenestepensjonsordning. I henhold til den kollektive avtalen skulle pensjonsordningen administreres av et eget pensjonsfond. Spørsmålet var hvorvidt en sammenslutning av profesjonsutøveres beslutning om å etablere et pensjonsfond var i strid med TEUF art. 101(1).

⁶⁸ Se eksempelvis Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1296/2013 som etablerer et program for sysselsetting og sosial integrering hvor det legges særlig vekt på finansiering til små foretak ("mikroforetak"). Forordningen er merket som EØS-relevant.

Domstolen la til grunn at en kollektiv arbeidsavtale, som skulle forbedre arbeidsvilkårene til profesjonsutøvere organisert som selvstendig næringsdrivende, falt utenfor Albany-unntaket og innenfor virkeområdet til TEUF art. 101:

“Such exclusion from the scope of Article [101(1)] of the Treaty cannot be applied to an agreement which, whilst being intended, like the agreement at issue in the main proceedings, to guarantee a certain level of pension to all the members of a profession and thus to improve one aspect of their working conditions, namely their remuneration, is not concluded in the context of collective bargaining between employers and employees.”⁶⁹

Begrunnelsen var at EU-traktatene ikke inneholdt bestemmelser som oppfordret selvstendig næringsdrivende til å inngå kollektive forhandlinger.⁷⁰ Domstolen trakk et tydelig skille mellom selvstendig næringsdrivende og arbeidstakere. Avgjørelsen innebærer at kollektive avtaler som forbedrer selvstendige næringsdrivendes arbeidsvilkår ikke er omfattet av Albany-unntaket.

EU-domstolens avgjørelse i *FNV Kunsten Informatie en Media* gjaldt Albany-unntakets anvendelse på en kollektiv arbeidsavtale mellom en arbeidsgiverorganisasjon og en arbeidstakerorganisasjon som representerte både arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Etter den nederlandske lovgivningen hadde selvstendig næringsdrivende rett til å slutte seg til arbeidstakerorganisasjoner. Dermed kunne arbeidstakerorganisasjonene inngå kollektive arbeidsavtaler, ikke bare på vegne av arbeidstakerne, men også på vegne av selvstendig næringsdrivende.

Saken gjaldt en kollektiv arbeidsavtale, inngått i 2006 og 2007, mellom arbeidstakerorganisasjonene FNV og NMU på den ene side, og arbeidsgiverorganisasjonen VSR på den andre. Avtalen regulerte arbeidsvilkårene til vikarene i et nederlandsk orkester.

Avtalen inneholdt reguleringer som fastsatte en minstelønn til vikarene som var fast ansatt i orkesteret (“ansatte vikarer”). I tillegg hadde avtalen en regulering som fastsatte minimumshonorarer til vikarene som var organisert som selvstendig næringsdrivende (“selvstendige vikarer”). Den omtvistede avtalereguleringen fastsatte at selvstendige vikarer skulle få betalt samme pris for sine tjenester som det som var fastsatt som minstelønn for de ansatte vikarene, med et tillegg av 16 %.

⁶⁹ Forente saker C-180-184/98 *Pavlov* premiss 68.

⁷⁰ TEUF art 152 og 155 oppfordrer arbeidsmarkedets aktører til dialog.

Av interesse for det som drøftes her er det første spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen: Faller avtalereguleringer som fastsetter en pris på tjenestene til selvstendige næringsdrivende utenfor virkeområdet til TEUF art. 101(1) på grunn av at avtalen er inngått mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner?⁷¹

Domstolen la til grunn at i den grad en arbeidstakerorganisasjon forhandler på vegne av selvstendig næringsdrivende, opptrer den ikke som en arbeidstakerorganisasjon, men som en ”sammenslutning av foretak” i TEUF art. 101(1)’s forstand.⁷² EU-domstolen gjentok begrunnelsen fra *Pavlov* om at EU-traktatene ikke inneholdt bestemmelser som oppfordret selvstendig næringsdrivende til å forhandle kollektivt. Domstolen konstaterte at en avtale forhandlet frem på vegne av selvstendig næringsdrivende ikke var et resultat av kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere og kunne, på grunn av sin *karakter*, ikke være unntatt fra anvendelsesområdet til TEUF art. 101(1).⁷³

Domstolen stanset ikke der, men uttalte videre:

”That finding cannot, however, prevent such a provision of a collective labour agreement from being regarded also as the result of dialogue between management and labour if the service providers, in the name and on behalf of whom the trade union negotiated, are in fact ‘false self-employed’, that is to say, service providers in a situation comparable to that of employees.”⁷⁴

Domstolen la til grunn at den nasjonale klassifisering som selvstendig næringsdrivende ikke var avgjørende for den konkurranserettslige vurdering under TEUF art. 101. Dersom det bak den nasjonale etiketten selvstendig næringsdrivende skjulte seg et reelt ansettelsesforhold var de selvstendige vikarene å anse som ”falske selvstendig næringsdrivende”, og dermed reelt sett arbeidstakere i EU-rettslig forstand. En avtale forhandlet frem på vegne av ”falske selvstendig næringsdrivende” måtte vurderes på samme måte som avtaler forhandlet på vegne av arbeidstakere, og således omfattes av Albany-unntaket, forutsatt at reguleringen var egnet til å forbedre deres arbeids- og ansettelsesvilkår.

Hvorvidt de selvstendige vikarene i saken var ”falske selvstendig næringsdrivende” nødvendiggjorde en vurdering av om de selvstendige vikarene var i en sammenlignbar situasjon som arbeidstakere. Domstolen anerkjente, i tråd med avgjørelsen *Confederación*

⁷¹ Sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* premiss 16.

⁷² Ibid. premiss 28.

⁷³ Ibid premiss 30.

⁷⁴ Ibid. premiss 31.

Española de Empresarios de Estaciones de Servicio,⁷⁵ at en selvstendig næringsdrivendes status som ”foretak” kan gå tapt hvor vedkommende er underlagt instruksjonsmyndigheten til en prinsipal og ikke på en uavhengig måte bestemmer sin atferd på markedet. På den annen side, dersom de selvstendige vikarene rådet over en større handlefrihet og fleksibilitet ved utføringen av oppdragene enn de ansatte vikarene, ville kjennetegnene ved et ansettelsesforhold ikke være til stede, og avtalereguleringen falle innenfor anvendelsesområdet til TEUF art. 101.

Ved vurderingen av om de selvstendig vikarene i saken var ”falske selvstendig næringsdrivende” skisserte domstolen opp vurderingsmomenter hentet fra rettspraksis i tilknytning til det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet, og la til grunn at status som arbeidstaker i EU-rettslig forstand ikke var påvirket av at vedkommende hadde blitt hyret inn som selvstendig næringsdrivende av skattemessige, administrative eller organisatoriske grunner. Avgjørende var hvorvidt vedkommende:

”(...) acts under the direction of his employer as regards, in particular, his freedom to choose the time, place and content of his work (...) does not share in the employer’s commercial risks (...) and, for the duration of that relationship, forms an integral part of that employer’s undertaking, so forming an economic unit with that undertaking.”⁷⁶

Avgjørelsen må ses i lys av EU-domstolens bemerkning om at det i dagens økonomi ikke alltid er lett å anvende foretaksbegrepet på selvstendig næringsdrivende.⁷⁷ Avgjørelsen innebærer en anerkjennelse av at selvstendig næringsdrivende kan befinne seg i en posisjon i relasjon til sine kunder som kan minne om et ansettelsesforhold, og inneha en svak posisjon ved forhandlingsbordet. Imidlertid er avgjørelsen egnet til å skape tvil med hensyn til hvilke selvstendig næringsdrivende som befinner seg i en liknende situasjon som arbeidstakere, noe som kan gå på bekostning av forutberegnelighet og potensielt sett lede til ulik anvendelse av Albany-unntaket. Generaladvokat Wahl, som var av den oppfatning at de selvstendige vikarene ikke var ”falske selvstendig næringsdrivende”, uttalte:

”(...) extending to them a general exclusion from the scope of Article 101 TFEU would not only (...) fly in the face of the Treaty provisions on competition law and social policy, but would also introduce an element of uncertainty and unpredictability in a system, namely that of labour relations, which has a particular need for stability, clarity and transparency.”⁷⁸

⁷⁵ Sak C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* premiss 43.

⁷⁶ Sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* premiss 36.

⁷⁷ Ibid. premiss 32.

⁷⁸ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* avsnitt 61.

Det kan diskuteres om EU-domstolen i *FNV Kunsten Informatie en Media* utvidet personkretsen som faller inn under Albany-unntaket. En innvending er at avgjørelsen synes å føye seg inn i rekken av avgjørelser hvor EU-domstolen har lagt til grunn at det EU-rettslige arbeidstakerbegrep er autonomt og at nasjonal klassifisering ikke er avgjørende. I så måte innebærer avgjørelsen ikke en utvidelse av personkretsen som faller inn under Albany-unntaket, men en presisering av det EU-rettslige arbeidstakerbegrepets autonome karakter.

4.3.3 Må arbeidsgiver være representert gjennom en organisasjon?

Spørsmålet som drøftes er om det på arbeidsgiversiden til en kollektiv arbeidsavtale må være en arbeidsgiverorganisasjon.⁷⁹ Ved et bekreftende svar vil kollektive arbeidsavtaler innenfor den enkelte bedrift falle utenfor Albany-unntaket.

De fleste EU/EØS-medlemslandene anerkjenner på nasjonalt plan at kollektive arbeidsavtaler kan inngås av den enkelte arbeidsgiver.⁸⁰ For norsk retts del oppstiller tariffavtalebegrepet i arbeidstvistloven § 1 kun et krav om sammenslutning på arbeidstakersiden.⁸¹

I *Albany* talte EU-domstolen om “collective agreements between *organisations* representing employers and workers.”⁸² (min utheving) Utsagnet kan tas til inntekt for at det kun er avtaler mellom *organisasjoner* som omfattes av unntaket, og ikke avtaler mellom arbeidstakerorganisasjonen og en enkelt arbeidsgiver. Saken omhandlet imidlertid en kollektiv arbeidsavtale som gjaldt for hele industrisektoren, så domstolen hadde ikke en foranledning til å ta stilling til dette.

Det er delte meninger i den juridiske teorien om det kan oppstilles et organisasjonskrav. Nordberg tolker *Albany* slik at det er et krav at arbeidsgiver må være organisert og fremholder: ”Det kravs att kollektivavtalen inngåtts mellan en arbetstager och en *arbetsgivarorganisation(...)*”.⁸³ Dette begrunner han i risikoen for at arbeidstakerorganisasjonen ellers vil kunne inngå avtaler med det enkelte arbeidsgiverforetak arbeidstakerne ønsker å beskytte, og samtidig gå til kollektive kampskritt mot foretak det

⁷⁹ Den tilsvarende problemstilling på arbeidstakersiden kommer ikke på spissen, nærmere om dette i delkapittel 5.2.2.

⁸⁰ Nielsen (2002) s. 17.

⁸¹ Se arbeidstvistloven § 1 bokstav e.

⁸² Sak C-67/96 *Albany* premiss 59.

⁸³ Nordberg (2001) s. 290.

ønsker å presse ut.⁸⁴ Säcker er av motsatt oppfatning og skriver: ”The ECJ talk about ”collective agreements” and not only about tariff contracts in the narrow sense of the [German] translation (...) Agreements at the company level between the company management and the workforce (...) fulfil the first condition.”⁸⁵

Gode grunner taler for at avtaler mellom arbeidstakerorganisasjoner og den enkelte arbeidsgiver faller inn under Albany-unntaket. For det første gjør sosialpolitiske hensyn seg like fullt gjeldende for kollektive arbeidsavtaler på bedriftsnivå. En sammenslutning av arbeidstakere innenfor bedriften utjevner og skaper en balanse overfor arbeidsgiverens forhandlingsstyrke. For det andre er det ikke ut fra et konkurranserettslig ståsted betenkelig å la unntaket også omfatte kollektive avtaler på bedriftsnivå. Van den Bergh og Camesasca gir et eksempel på dette ved å ta utgangspunkt i at arbeidstakernes krav om lønnsøkning vil kunne påvirke prisen på et gitt produkt. En høy produktpris vil gi konkurrerende bedrifter på produktmarkedet et konkurransefortrinn. Arbeidstakernes forhandlingsposisjon innenfor den enkelte bedrift vil avdempes ved at et krav om lønnsøkning vil overføre etterspørselen etter arbeidskraft til andre bedrifter, som opererer på det samme produktmarkedet.⁸⁶ Arbeidstakernes forhandlingsposisjon og potensiale til å presse produktprisen opp, må derfor antas være sterkere begrenset på bedriftsnivå enn på bransje- eller sektornivå.

På bakgrunn av at sosialpolitiske hensyn gjør seg gjeldende også for kollektive arbeidsavtaler på bedriftsnivå og at en bedriftsintern avtale må antas å ha mindre konkurransebegrensende virkninger enn en avtale som gjelder innenfor en hel sektor eller bransje, må det antas at avtaler mellom arbeidstakere og en enkelt arbeidsgiver omfattes av Albany-unntaket. Det synes ikke å gjelde et krav om at det på arbeidsgiversiden til en kollektiv arbeidsavtale må være flere arbeidsgivere.

4.3.4 Krav om representativitet på arbeidstakersiden?

Det som drøftes er om det av EU-domstolens praksis kan utledes et krav om at arbeidstakersiden må være representativ.

I EU- og EØS-medlemslandenes nasjonale rettssystemer varierer det hvorvidt det oppstilles et representativitetskrav på arbeidstakersiden for kollektive avtaler.⁸⁷

⁸⁴ Ibid. s. 290.

⁸⁵ Säcker (2008) s. 69.

⁸⁶ Van den Bergh og Camesasca (2000) s. 7.

⁸⁷ Nielsen (2002) s. 16.

Nielsen⁸⁸ finner støtte for at det må oppstilles et representativitetskrav i den franske oversettelsen av *Albany* hvor det tales om ”accords collectifs conclus entre *organisations représentatives* des employeurs et des travailleurs(...)”.⁸⁹ (min kursiv) Bruun og Hellsten fremholder, under henvisning til den franske versjonen av *Albany*, at det åpenbart må være en feiloversettelse i den engelske versjonen, og mener det oppstilles et krav om representativitet.⁹⁰

På den ene side kan sosialpolitiske hensyn tale for å oppstille et representativitetskrav. Bestemmelser i kollektive arbeidsavtaler kan enten tjene utelukkende interessene til de ansatte i den enkelte bedrift, eller interessene til samtlige arbeidstakere og potensielle arbeidstakere på det aktuelle arbeidsmarkedet. Ichino tar til orde for at en kollektiv avtale bare bør være unntatt konkurransereglene dersom arbeidstakerorganisasjonen er representativ på markedet. Etter hans syn kan bare en *generell* bedring av arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår forsvare den konkurransebegrensende virkning kollektive arbeidsavtaler kan ha til skade for forbrukeren. Han fremholder at en generell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår best ivaretas av representative organisasjoner.⁹¹ Sørsum ser ikke gode grunner til å operere med et representativitetskrav, da avtaler mellom små organisasjoner utgjør en mindre trussel mot konkurransen enn avtaler inngått av store representative organisasjoner.⁹²

Et representativitetskrav har ikke stått i fokus i rettspraksis, noe som taler imot å operere med et slikt krav. Videre vil det ikke fra et konkurranserettslig ståsted være betenkelig å avtaler inngått på lavere nivå omfattes, da disse må antas mindre konkurransebegrensende. På denne bakgrunn må det antas at en arbeidstakerorganisasjon ikke må være representativ for å omfattes av *Albany*-unntaket.

4.4 Vilkår 2: Avtalen må ha til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår

4.4.1 Innledning

I *Albany* oppstilte EU-domstolen et vilkår om at avtalen måtte forfølge et sosialpolitisk formål. Etter å ha konstatert at sosialpolitiske formål ville bli brakt i fare om arbeidsmarkedets

⁸⁸ Ibid. s. 16.

⁸⁹ Sak C-67/96 *Albany* premiss 59.

⁹⁰ Bruun og Hellsten (2001) s. 43.

⁹¹ Ichino (2001) s. 195.

⁹² Sørsum (2003) s. 266.

parter i forbindelse med kollektive forhandlinger skulle være underlagt TEUF art. 101 (1), uttalte domstolen:

”(...) agreements concluded in the context of collective negotiations between management and labour **in pursuit of such objectives** must, by virtue of their nature and **purpose**, be regarded as falling outside the scope of Article 85(1) [TEUF art. 101] of the Treaty.” (min utheving)

”Such objectives” viser tilbake til premiss 59, hvor domstolen taler om sosialpolitiske formål i tilknytning til ”improvement of conditions of work and employment”.⁹³ I den konkrete subsumsjon begrunnet EU-domstolen unntakets anvendelse med at den omtvistede avtaleregulering ledet til en direkte forbedring av de ansattes arbeids- og ansettelsesvilkår.⁹⁴

At avtalen må ha et ”sosialpolitiske formål” innebærer således at avtalen må ha til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. At ”sosialpolitiske formål” må forstås i denne betydning er også lagt til grunn i EU-domstolens avgjørelse i *FNV Kunsten Informatie en Media*.⁹⁵ I *KLP*-saken presisert EFTA domstolen at hver avtaleregulering må vurderes for seg.⁹⁶

I det følgende drøftes nærmere hva som ligger i kravet om at avtalen må ha til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår og hvordan dette formålet skal fastlegges. I delkapittel 4.4.2 drøftes hva som kan utledes av unntakets rekkevidde på bakgrunn av at avtalen må gjelde ”arbeids- og ansettelsesvilkår”. I forlengelsen av dette vil delkapittel 4.4.3 gå nærmere inn på om det gjelder et krav om at *direkte* forbedring og hva det i så fall innebærer. I delkapittel 4.4.4 drøftes betydningen av partenes intensjoner når formålet skal fastlegges. I delkapittel 4.4.5 drøftes om det oppstilles et krav om *faktisk* forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår og i punkt 4.4.6 drøftes om det oppstilles en proporsjonalitetsbegrensning.

4.4.2 Begrepet ”arbeids- og ansettelsesvilkår”

Begrepet ”arbeids- og ansettelsesvilkår” er vagt og kan favne vidt. ”Ansettelsesforhold” kan forstås som forhold som det vil være naturlig å regulere i den individuelle arbeidsavtale. ”Arbeidsforhold” kan sies å omfatte noe mer. Det som kan fastslås med sikkerhet er at det må avgrenses mot vilkår i en kollektiv arbeidsavtale som ikke har noen side til arbeidstakernes arbeidsforhold.

⁹³ Sak C-67/97 *Albany* premiss 50.

⁹⁴ Ibid. premiss 63.

⁹⁵ Sak C-413/13 *Kunsten Informatie en Media* premiss 39.

⁹⁶ E-08/00 *LO v. KS* premiss 51.

I *KLP-saken* uttalte EFTA-domstolen at: ”begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår må tolkes vidt.”⁹⁷ Saken gjaldt en tvist mellom LO og 11 norske kommuner. Et av spørsmålene var om den kollektive arbeidsavtalen mellom LO og andre organer som representerte kommunalt ansatte, og på den andre siden KS, på vegne av kommunene, var i strid med EØS art. 53. Avtalen etablerte en pensjonsordning for kommunalt ansatte. I prinsippet stod kommunene fritt til å velge pensjonsforsikringsleverandør, men avtalen oppstilte en rekke materielle og prosessuelle krav som måtte være oppfylt før overføring fra Kommunal Landspensjonskasse (KLP) kunne finne sted. Kommunene hevdet at avtalens mange vilkår innebar at de var avskåret fra å overføre pensjonsordningen til et annet selskap. Arbeidsretten anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.

EFTA-domstolen uttalte at begrepet ”arbeids- og ansettelsesvilkår” omfattet bestemmelser som relaterte seg til kjerneområdene for kollektive arbeidsavtaler, som lønn, arbeidstid og andre arbeidsforhold. *Andre arbeidsforhold* ble av domstolen eksemplifisert som ”sikkerhet, arbeidsmiljø, ferie, opplæring og videreutdanning, medbestemmelse og innflytelse for arbeidstakere”.⁹⁸

I litteraturen er det uenighet om ”arbeids- og ansettelsesvilkår” innebærer en avgrensning mot vilkår som ligger utenfor kjerneområdene til kollektive arbeidsavtaler. Sacker fremholder ”(...) the scope of exclusion must be limited to agreements on employment and working conditions as the core are of the freedom of collective bargaining (...)”⁹⁹ På den annen side er det de som hevder at ”arbeids- og ansettelsesvilkår” er meget omfattende og bare avgrenser mot tilfeller der den kollektive arbeidsavtale er et skalkeskjul for konkurransebegrensninger.¹⁰⁰ Vousden fremholder som en mulig tolkning av *Albany* at det trekkes et skille mellom avtalevilkår som har en side til arbeidstakernes lønn og andre vilkår og stiller spørsmålet: ”could provisions relating to care, family life and training fall outside the scope of a direct contribution to working conditions?”¹⁰¹

At avtalen må gjelde ”arbeids- og ansettelsesvilkår” kan synes å gi begrenset veiledning for unntakets materielle rekkevidde, ut over at reguleringer som ikke har noen side til arbeidstakerens vilkår faller utenfor unntaket.

⁹⁷ Sak E-8/00 *LO v. KS* premiss 53.

⁹⁸ Ibid. premiss 53.

⁹⁹ Sacker (2008) s. 70.

¹⁰⁰ Bruun og Helsten (2001) s. 42-43 og Gyselen (2000) s. 443.

¹⁰¹ Vousden (2000) s. 189.

Når meningsinnholdet i ”arbeids- og ansettelsesvilkår” skal fastlegges er det grunn til å se hen til domstolens begrunnelse for å oppstille et unntak. Dette er i tråd med det EU-rettslige tolkningsprinsipp *effet utile* og innebærer at den regel som best bidrar til å realisere bestemmelsens formål skal legges til grunn.¹⁰² Tolkingsprinsippet innebærer ikke bare at skrevne rettsakter skal tolkes slik at de har en tjenlig virkning, men setter også en grense for innskrenkende fortolkninger av unntaksbestemmelser.¹⁰³ I *Albany* oppstilte EU-domstolen unntaket på bakgrunn av en avveining mellom hensynet til en virksom konkurranse på markedet og sosialpolitiske hensyn. Under henvisning til formålsparagrafen i dagjeldende EU-traktat art. 3¹⁰⁴ uttalte domstolen: ”the activities of the Community are to include not only a system ensuring that competition in the internal market is not distorted but also a policy in the social sphere.”¹⁰⁵ Domstolens balansegang mellom disse til dels motstridende formål, bør få betydning for fastleggingen av unntakets rekkevidde. Dette innebærer at ”arbeids- og ansettelsesvilkår” ikke tolkes så restriktivt at det hindrer de sosialpolitiske formålene i å realiseres, men heller ikke så vidt at en regulering ikke lenger kan begrunnes i sosialpolitiske formål.

4.4.3 Oppstilles det et krav om direkte forbedring?

Kun avtalereguleringer som har til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår omfattes av Albany-unntaket.¹⁰⁶ Det må være en sammenheng mellom reguleringen og en positiv endring i arbeids- og ansettelsesvilkår. Dette reiser spørsmålet om det kun er reguleringer som *direkte* leder til en slik forbedring som omfattes av unntaket.

Den kollektive arbeidsavtalen i *Albany* hadde til formål å garantere et visst pensjonsnivå, som domstolen vurderte som et aspekt ved arbeidstakernes lønn. EU-domstolen la derfor til grunn følgende:

“Such a scheme seeks generally to guarantee a certain level of pension for all workers in that sector and therefore *contributes directly to improving one of their working conditions*, namely their remuneration.”¹⁰⁷ (min kursiv)

¹⁰² Sak C-300/11 ZZ premiss 49.

¹⁰³ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 236.

¹⁰⁴ Sml. TEU art 2 og TEUF art 9.

¹⁰⁵ Sak C-67/96 *Albany* premiss 54.

¹⁰⁶ Se f.eks Sak E-8/00 *LO v. KS* premiss 36.

¹⁰⁷ Sak C-67/96 *Albany* premiss 63.

På bakgrunn av avgjørelsen kan det legges til grunn at reguleringer som har en side til arbeidstakerens lønn faller innenfor unntaket. Det kan diskuteres om domstolen ved bruken av ordet ”direkte” mente å avgrense mot avtalereguleringer som kun indirekte leder til bedring av arbeids- og ansettelsesvilkår.

I den juridiske teorien har EU-domstolens bruk av ordet ”direkte” vært tolket på ulike måter. Bruun og Hellsten er av den oppfatning at EU-domstolens bruk av ordet ”direkte” kun reflekterer at avtalen i saken klart og uomtvistelig falt innenfor unntakets kjerneområde.¹⁰⁸ Vousden er av den oppfatning at EU-domstolen brukte ordet ”direkte” som et avgrensningskriterium for unntakets rekkevidde og fremholder: ”the reasoning has now implied a criterion by which to assess whether competition law is applicable(...)”.¹⁰⁹

Av interesse for spørsmålet om avtalereguleringen må lede til en direkte forbedring er EU-domstolens avgjørelse i *Van der Woude*.¹¹⁰ Van der Woude gjorde gjeldende at en kollektiv arbeidsavtale som forpliktet arbeidsgiveren til å innbetale bidrag til et bestemt helseforsikringsforetak var i strid med TEUF art. 101(1). Tvisten hadde sitt opphav i at van der Woude ønsket at arbeidsgiveren skulle betale bidrag til en annen forsikringsleverandør, som ville gi ham et større tilskudd til tannbehandling enn forsikringsleverandøren utpekt i den kollektive arbeidsavtalen. Han anførte at den obligatoriske helseforsikringsordningen falt utenfor Albany-unntaket, da reguleringer om helse ikke falt i kjerneområdet for kollektive forhandlinger, men kun *indirekte* ledet til en forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår.¹¹¹

EU-domstolen delte ikke van der Woudes oppfatning og uttalte:

”regarding its purpose, the agreement establishes in a given sector a health care insurance scheme which contributes to improving the working conditions of the employees(...)”¹¹²

På bakgrunn av avgjørelsen kan det fastslås at unntaket for arbeids- og ansettelsesvilkår ikke kan forstås så snevert at det må ha en side til de ansattes lønn, men at også reguleringer som har en side til de ansattes helsekostnader faller inn under unntaket. Til forskjell fra avgjørelsen i *Albany*, brukte ikke domstolen begrepet ”direkte” i sin begrunnelse av hvorfor helseforsikringsordningen hadde til formål å forbedre de ansattes arbeids- og ansettelsesvilkår.

¹⁰⁸ Bruun og Helsten (2001) s. 46.

¹⁰⁹ Vousden (2000) s. 187.

¹¹⁰ Sak C-222/98 *Van der Woude*.

¹¹¹ Ibid. premiss 20.

¹¹² Ibid. premiss 25.

I en liknende sak av nyere dato, *AG2R Prevoyance*¹¹³ konkluderte EU-domstolen med at en kollektiv arbeidsavtale som gjaldt en sykeforsikringsordning som utpekte et forsikringsforetak (AG2R) som eneleverandør av sykeforsikringstjenester falt utenfor TEUF art. 101 i medhold av Albany-unntaket.¹¹⁴ Domstolen konkluderte med at ordningen bidro til å forbedre de ansattes arbeidsvilkår.¹¹⁵ Heller ikke her benytter domstolen ordet ”direkte”.

Generaladvokat Wahl kommentert på EU-domstolens manglende bruk av ordet ”direkte” i disse to avgjørelsene (*Van der Woude* og *AG2YR Provéance*) i sitt forslag til avgjørelse i *FNV Kunsten Informatie en Media*. Grunnen til at bruken av ordet ”direkte” ikke ble benyttet i disse avgjørelser var, etter generaladvokatens syn, at reguleringene i disse sakene åpenbart falt i kjerneområdet for kollektive arbeidsavtaler. Han la til grunn følgende: “only contractual provisions which contribute directly to the improvement of the employment and working conditions are covered by the Court’s case-law.”¹¹⁶ I den påfølgende avgjørelse gjorde EU-domstolen bruk av ordet ”direkte”.

På denne bakgrunn må det oppstilles et krav om at avtalen må søke å lede direkte til en forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Spørsmålet er så hva et krav om direkte forbedring innebærer.

EU-domstolens avgjørelse i *FNV Kunsten Informatie en Media*¹¹⁷ er av interesse. Dette er den første saken hvor EU-domstolen har tatt stilling til hvorvidt en utradisjonell regulering i en kollektiv arbeidsavtale oppfyller formålskriteriet i Albany-unntaket. Saken kaster lys over spørsmålet om en regulering som direkte gjelder forholdet mellom selvstendig næringsdrivende (de selvstendige vikarene), og deres kunder (orkesteret), men som også har til formål å forbedre arbeids- og ansettelses vilkår til arbeidstakerne (de fast ansatte vikarene) faller inn under Albany-unntaket. Avgjørelsen sier derfor noe om hvor direkte sammenheng det må være mellom reguleringen og forbedringen i arbeids- og ansettelsesvilkår. For en fremstilling av saksforholdet vises til delkapittel 4.4.1.

Av interesse for problemstillingen som drøftes her er det andre av de to spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen, som gikk ut på følgende: Dersom kollektive avtaler inngått på vegne av de selvstendige vikarene *ikke* var omfattet av Albany-unntaket, kunne en avtaleregulering

¹¹³ Sak C-437/09 *AG2R Prévoyance*..

¹¹⁴ Ibid. premiss 33.

¹¹⁵ Ibid avsnitt 32.

¹¹⁶ Sak C-413/13 *Kunsten Informatie en Media*, Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 73.

¹¹⁷ Sak C-413/13 *Kunsten Informatie en Media*.

som standardiserte prisene på tjenestehonoraret til de selvstendige vikarene falle utenfor TEUF art. 101 fordi reguleringen hadde til formål å forbedre de ansatte vikarenes arbeids- og ansettelsesvilkår, og var det relevant om avtalereguleringen ledet *direkte eller bare indirekte* til en slik forbedring?¹¹⁸

Arbeidstakerorganisasjonen FNV anførte at reguleringen om minstehonorar til de selvstendige vikarene hadde til formål å forbedre de ansatte vikarenes arbeidsvilkår. FNV hevdet at formålet bak reguleringen var å motvirke at de ansatte vikarene ble utkonkurrert av selvstendige vikarer, som kunne tilby sine tjenester og utføre de samme arbeidsoppgaver til en lavere pris enn det som var fastsatt som minstelønn for de ansatte vikarene. Standardiseringen av prisen på tjenestene var anført å motvirke ”sosial dumping”.

Etter generaladvokat Wahls syn kunne en slik regulering potensielt falle inn under Albany-unntaket. Han påpekte at risikoen for sosial dumping klart og umiddelbart var egnet til å styrke de ansatte vikarenes stillingsvern og således forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. Imidlertid bemerket han følgende:

”(…) the provisions of the agreement under scrutiny in the main proceedings **do not regulate any of the traditional aspects of the employer-employee working relationship** (such as remuneration, working hours and vacations) but instead the relationship between the employer and another category of professionals: the self-employed. These peculiarities undoubtedly make the legal analysis of the referring court quite complex, in so far as the effective fulfilment of the Albany conditions — and, in particular, the second condition — is less evident than in other cases”¹¹⁹ (min utheving).

Dette ledet han til å gi den nasjonale domstol detaljerte retningslinjer for å vurdere avtalereguleringens faktiske virkning.

I den påfølgende avgjørelse var EU-domstolen kortfattet i sin drøftelse av spørsmålet om reguleringen av de selvstendige vikarenes tjenestehonorar kunne falle innenfor Albany-unntaket på grunn av reguleringens positive virkning på ansettelses- og arbeidsvilkårene til de ansatte vikarene:

”As regards, second, the purpose of the collective labour agreement (...), it must be held that the analysis in the light of the case-law (...) would be justified, on that point, only if the referring court

¹¹⁸ Ibid. premiss 16.

¹¹⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-413/13 *Kunsten Informatie en Media* avsnitt 87.

were to classify the substitutes involved in the main proceedings not as ‘undertakings’ but as ‘false self-employed’.”¹²⁰

Til forskjell fra generaladvokat Wahl, gikk ikke EU-domstolen inn på en vurdering av om avtalereguleringen styrket de ansatte vikarenes stillingsvern. Domstolen adresserte ikke generaladvokat Wahls utførlige drøftelse av hvorvidt reguleringen kunne falle inn under Albany-unntaket på grunn av formålet om å motvirke sosial dumping. EU-domstolens taushet på dette punkt må antagelig tolkes som en avvisning av generaladvokatens synspunkt om at reguleringen kunne falle inn under Albany-unntaket. Domstolen konkluderte som følger:

”(…) it is only when self-employed service providers (…) are ‘false self-employed’, in other words, service providers in a situation comparable to that of those workers, that a provision of a collective labour agreement (…) which sets minimum fees for those self-employed service providers, does not fall within the scope of Article 101(1) TFEU.”¹²¹

Med andre ord la domstolen til grunn at bare reguleringer om minstelønn til ”falske selvstendig næringsdrivende”, var omfattet av Albany-unntaket. Reguleringen som fastsatte prisene på tjenestene til ”ekte” selvstendig næringsdrivende falt utenfor Albany-unntaket, selv om en slik regulering også skulle ha til formål å styrke de ansattes stillingsvern.

Avgjørelsen kan tas til inntekt for at bestemmelser som direkte regulerer prisen på tjenester til selvstendig næringsdrivende ikke har en tilstrekkelig sammenheng med en eventuell forbedring av arbeidstakernes arbeids- og ansettelses vilkår. Mer avledede positive virkninger på arbeidstakernes arbeidsvilkår synes å falle utenfor Albany-unntaket.

Mer generelt synes EU-domstolen å gi uttrykk for at reguleringer som direkte regulerer arbeidsgiverforetakets agerende på tjeneste- og produktmarkedet, ligger for fjernt fra en forbedring av arbeidstakernes vilkår. Det kan ikke være tvil om at arbeidstakernes stillingsvern er en del av deres ”arbeids- og ansettelsesvilkår”. Når reguleringen direkte regulerer arbeidsgiverens atferd på produkt- eller tjenestemarkedet, blir imidlertid stillingsvernet en sidevirkning og ikke et hovedformål med reguleringen.

Etter dette synes det å være holdepunkter for å legge til grunn at et krav om direkte forbedring innebærer at reguleringer som direkte regulerer arbeidsgiverens agerende på tjeneste- og produktmarkedet, og som indirekte virker inn på arbeids- og ansettelsesvilkårene, faller

¹²⁰ Sak C-413/13 *Kunsten Informatie en Media* avsnitt 38.

¹²¹ Ibid. avsnitt 42.

utenfor Albany-unntaket. Imidlertid må det tas et visst forbehold, ettersom EU-domstolen i var knapp i sin begrunnelse.

Reguleringer i kollektive arbeidsavtaler som utpeker bestemte foretak som leverandører av tjenestepensjon og helseforsikringsordninger, kan hevdes direkte å regulere arbeidsgivernes atferd på forsikringsmarkedet, og skulle således falle utenfor Albany-unntaket. Imidlertid vil det i delkapittel 4.4.6 bli avdekket at partene gis et spillerom ved valg av mekanismer til å implementere og effektivisere avtaleordninger som omfattes av Albany-unntaket. Utvelgelsen av et bestemt foretak til å administrere avtalens ordninger anses som en integrert del av den underliggende pensjons- eller helseordningen.

Den svenske arbeidsrettens avgjørelse i ”Tidningsutbärfallet”¹²² gir et eksempel på en regulering som etter gjeldende rett må antas å falle utenfor Albany-unntaket, på grunn av at reguleringen kun har en indirekte virkning på arbeids- og ansettelsesvilkår. Den svenske konkurrenslag § 2¹²³ unntok fra lovens anvendelsesområde avtaler om ”lön eller andra anställingsvillkor”. En kollektiv arbeidsavtale inneholdt en regulering som forbød arbeidsgiverne å sette avisdistribusjon ut på oppdrag. Klausulen var altså et forbud mot outsourcing. Det egentlige formålet bak avtalereguleringen var å hindre at arbeidsgiver gikk til oppsigelse av arbeidstakerne for så å leie dem inn igjen på oppdragsbasis, med akkurat de samme oppgaver som før. Arbeidstakernes stillingsvern var det sentrale formål. Et forbud mot å benytte seg av oppdragstakers tjenester ble av domstolen ansett å falle utenfor unntaket for ”arbeids- og lønnsforhold” i den svenske konkurranseloven.

4.4.4 Betydningen av partenes intensjoner

Det som her drøftes er betydningen av partenes intensjoner for fastleggelsen av om en avtale har til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Med partenes intensjoner forstås her partenes subjektive formål. Dette innebærer samtidig en stillingtagen til om formålsvurderingen er objektiv.

Generaladvokat Jacobs foreslo ”god tro” som et vilkår for immunitet i sitt forslag i *Albany* og utdypet dette på følgende måte:

” (...) the agreement should be concluded in good faith. In that context account must be taken of agreements which apparently deal with core subjects of collective bargaining such as

¹²² Svenska arbetsdomstolen 1998 nr. 12.

¹²³ Konkurrenslag § 2.

working time **but which merely function as cover** for a serious restriction of competition between employers on their product markets. In those exceptional cases, too, competition authorities should be able to examine the agreement in question.”¹²⁴ (min utheving)

Ut fra generaladvokatens resonnement synes ”god tro” å være begrunnet i et behov for å avgrense unntakets rekkevidde mot kollektive arbeidsavtaler som *utelukkende* har en konkurransebegrensende funksjon. ”God tro” synes således ikke innebære at partenes intensjoner avgjørende. EU-domstolen uttalte seg ikke om dette i den påfølgende avgjørelse.

EFTA-domstolen rådgivende uttalelse i *KLP-saken* er av interesse. Kommunene hevdet at hovedformålet bak den kollektive arbeidsavtalens detaljerte materielle og prosessuelle krav for overføring av pensjonsordningen, i realiteten var å verne *KLP* fra konkurrenter. EFTA-domstolen uttalte at:

”(…) partenes bona fides ved inngåelsen og praktiseringen av tariffavtalen må også tas i betraktning. Hvor et element i en tariffavtale tilsynelatende tar sikte på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, mens måten det praktiseres på viser at det egentlig er ment å fremme andre interesser, kan avtalens beskyttelse mot artikkel 53 EØS ikke opprettholdes .”¹²⁵

Formuleringen ”må også tas i betraktning” med fokus på hvilke interesser avtalen er ”ment å fremme”, kan tolkes som at EFTA-domstolen tillar partenes intensjoner avgjørende betydning.

Både i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og i generaladvokat Jacobs forslag tjente ”god tro” som et vilkår for å avgrense Albany-unntakets virkeområde. Til forskjell fra EFTA-domstolen knyttet generaladvokaten på sin side ”god tro” til en vurdering av om avtalen *utelukkende* hadde til *funksjon* å dekke over et konkurransebegrensende samarbeid. Generaladvokaten hadde således fokus på avtalens objektive funksjon. EFTA-domstolen synes å tillegge partenes intensjoner større vekt i formålsvurderingen, med fokus på hvilke interesse avtalen er ”ment å fremme”.

Dette reiser spørsmålet om avtaler som objektivt sett forbedrer arbeids- og ansettelsesvilkår, men hvor en eller begge parter også har en intensjon om å begrense konkurransen, faller utenfor Albany-unntaket.

Arbeidsrettens påfølgende dom etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *KLP-saken* illustrerer problemstillingen. Arbeidsretten konstaterte at det ut fra bevisførselen var

¹²⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse sak C-67/96 *Albany* avsnitt 192.

¹²⁵ Sak E-8/00 *LO v KS* premiss 56.

sannsynlig at et sideformål med den kollektive arbeidsavtalen var å beskytte pensjonsfondet KLP fra konkurranse. Imidlertid anså arbeidsretten dette formål som sekundært:

”At NKF, i tillegg til likestillingshensyn og hensynet til å bevare et solidarisk finansieringssystem, ønsket å bevare et solidarisk fellesskap, levner riktignok bevisførselen liten tvil om. Sett i forhold til de øvrige forhold som er nevnt, må dette formålet under enhver omstendighet antas å ha vært av sekundær karakter.”¹²⁶

Sønsteli Johansen tolker avgjørelsen som at arbeidsretten la til grunn at sekundære konkurransebegrensende subjektive formål ikke utelukker at den kollektive arbeidsavtale kan omfattes av Albany-unntaket.¹²⁷

Arbeidsrettens avgjørelse på dette punkt synes å gi en god løsning. Den sosialpolitiske begrunnelse bak Albany-unntaket gjør seg like fullt gjeldende om en eller begge parter ser seg tjent med de konkurransebegrensende virkningene av avtalen, så lenge avtalen objektivt sett tjener til å forbedre arbeidstakernes vilkår. Dette taler for å tolke ”forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår” objektivt og at sekundære konkurransebegrensende formål ikke utelukker Albany-unntakets anvendelse.

På den annen side kan preventive hensyn tale for å tillegge partenes intensjoner avgjørende vekt. Dette vil kunne motvirke at Albany-unntaket blir brukt som skalkeskjul for å begrense konkurransen. Imidlertid vil dette kunne reise en rekke bevissspørsmål og gi en vanskelig praktiserbar regel egnet til å uthule den begrensede konkurranserettslige immunitet EU-domstolen har gitt arbeidsmarkedets parter.

En objektiv formålsvurdering innebærer imidlertid ikke at kollektive arbeidsavtaler som kun fungerer som skalkeskjul for kommersielle avtaler mellom arbeidsgiverforetakene omfattes av Albany-unntaket. Når avtalen ikke har en annen funksjon enn å begrense konkurransen, forbedrer den heller ikke arbeids- og ansettelsesvilkår.

Rettspraksis fra EU-domstolen etter *KLP* har ikke tillagt partenes subjektive formål vekt ved fastleggelsen av formålet og opererer ikke med dette som et selvstendig vilkår. Dette taler for at formålsvurderingen er objektiv. Videre taler den sosialpolitiske begrunnelse bak Albany-unntaket for at det avgjørende er om avtalen objektivt sett forbedrer arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. På denne bakgrunn er det holdepunkter for å legge til grunn at formålsvurderingen er objektiv.

¹²⁶ ARD-2002-90 premiss 679.

¹²⁷ Se Sønsteli Johansen (2004) s. 79.

Dersom man tolker *KLP* dit hen at EFTA-domstolen la til grunn et vilkår om at partenes intensjoner er avgjørende for formålsvurderingen, kan det virke som at det er en diskrepans mellom EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og EU-domstolens etterfølgende rettspraksis. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *L'Oréal* er av interesse for vurderingen av hvordan dette spenningsforhold skal løses. Domstolen uttalte her at "EØS-retten bør tolkes i samsvar med nyere rettspraksis fra EF-domstolen uten hensyn til hvorvidt EFTA-domstolen tidligere har truffet avgjørelse om spørsmålet."¹²⁸

4.4.5 Krav om faktisk forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår?

Spørsmålet som drøftes er om det på bakgrunn av EU- og EFTA-domstolens praksis må påvises at avtalereguleringen *faktisk* forbedrer arbeids- og ansettelsesvilkår. Et bekreftende svar vil innebære at avtalens virkninger må påvises og utgjøre en ytterligere terskel for å fastslå at avtalen faller inn under Albany-unntaket.

I *Albany* tok ikke EU-domstolen stilling til om avtalens forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår måtte påvises. En viss veiledning kan utledes av følgende uttalelse: "such a scheme **seeks generally** to guarantee a certain level of pension".¹²⁹ (min utheving) Formuleringen "seeks generally" kan tolkes dit hen at vurderingen skal ta utgangspunkt i hva bestemmelsen søker å oppnå, og at bevisførsel rundt avtalens virkning ikke er nødvendig.

I *KLP-saken* la EFTA-domstolen til grunn at *virkingen* av en bestemmelse i en kollektiv avtale var et relevant vurderingsmoment. Det var, etter EFTA-domstolens syn, ikke tilstrekkelig å fastslå at en viss type avtalevilkår *generelt* er egnet til å bedre arbeids- og ansettelsesvilkår:

"Bestemmelser i en tariffavtale som forfølger formål som ligger utenfor området for forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, **eller som i praksis ikke virker slik** at det fører til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, kan falle innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS."¹³⁰ (min utheving)

EFTA-domstolens avgjørelse på dette punkt har vært tolket ulikt i den juridiske teori. Fougner m.fl. tolker denne premiss som en av de viktigste avklaringene som ble gjort av EFTA-domstolen, og tolker utsagnet "i praksis ikke virker slik" dit hen at det også må foretas

¹²⁸ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal* premiss 29.

¹²⁹ Sak C-67/96 *Albany* premiss 63.

¹³⁰ Sak C-67/96 *Albany* premiss 53.

bevisførsel om avtalebestemmelsens effekt.¹³¹ Dyrberg, Fenger og Bjørgan hevder EFTA-domstolens avgjørelse gir anvisning på en mer intensiv prøving enn det domstolen ga anvisning på i Albany.¹³² Både Sønsteli Johansen og Sørums er av den oppfatning at EFTA-domstolens intensive prøving må ses i lys av at det var begrunnet tvil rundt partenes egentlige motiver ved avtalen. Etter deres syn er det tvilsomt at det må foretas en slik intensiv prøving når det ikke er noen indikasjoner på at begge avtalepartene har forsøkt å begrense konkurransen.¹³³

EFTA-domstolens uttalelse i *KLP-saken* bør ses i lys av domstolens uttalelse om at utradisjonelle reguleringer kan kreve en særlig grundig undersøkelse. Etter å ha bemerket seg en tendens til å innta i kollektive arbeidsavtaler nye elementer som reflekterer endrede behov og interesseområder for partene uttalte domstolen at slike reguleringer "[k]an kreve særlig nøye undersøkelser med hensyn til hvorvidt de har som siktemål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår."¹³⁴ Etter EFTA-domstolens syn måtte fastleggelsen av om avtalen forfulgte dette formål skje på bakgrunn av en bred helhetsvurdering av innholdet i avtalens ulike bestemmelser, hvordan avtalen virket i praksis og omstendighetene rundt avtaleinngåelsen.¹³⁵

En slik betraktning gjenfinnes også i generaladvokat Wahls analyse i *FNV Kunsten Informatie en Media*. I sitt forslag til avgjørelse påpekte han at avtalens faktiske virkning må undersøkes grundig når det skulle tas stilling til om en "utradisjonell" bestemmelse i en kollektiv avtale omfattes av Albany-unntaket. I slike tilfeller kunne ikke virkningen foregå abstrakt, basert på anførselene til avtalens parter, men konkret innenfor konteksten avtalen virket i.¹³⁶

EU-domstolen har ikke uttalt seg om avtalens faktiske virkninger må påvises og gir ikke holdepunkter for å legge til grunn at det må foretas bevisførsel om avtalens faktiske virkning dersom reguleringen faller innenfor kjerneområdet for kollektive forhandlinger. Ofte vil det være åpenbart at en avtaleregulering forbedrer de ansattes arbeids- og ansettelsesvilkår. Reguleringer som har en side til de ansattes lønn vil være et eksempel på dette. Der reguleringen er utradisjonell taler gode grunner for at prøvingen bør oppjusteres for å forsikre at avtalens eneste funksjon ikke er et skalkeskjul for et konkurransebegrensende arrangement. Disse synspunkter synes å være i tråd med EFTA-domstolens avgjørelse i *KLP-saken*.¹³⁷

¹³¹ Fougner m.fl. (2004) s. 167.

¹³² Dyrberg/Fenger/Bjørgan (2003).

¹³³ Sørums (2003) s. 270 og Sønsteli Johansen (2004) s. 77.

¹³⁴ Sak E-8/00 *LO v. KS* premiss 54.

¹³⁵ Sak E-8/99 *LO v KS* premiss 50-57.

¹³⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* avsnitt 88.

¹³⁷ Sak E-8/00 *LO v KS* premiss 54.

På denne bakgrunn må det kunne legges til grunn at det ikke gjelder et generelt krav om at avtalens faktiske virkning må påvises. Unntak fra dette gjelder der avtalereguleringen er av utradisjonell karakter.

4.4.6 Gjelder det en proporsjonalitetsbegrensning?

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt prinsipp innenfor EU/EØS-retten.¹³⁸ Størst aktualitet har prinsippet hatt som begrensning på staten i forbindelse med restriksjoner på ”de fire friheter”. Også overfor aktørene på arbeidsmarkedet har proporsjonalitetsprinsippet sin betydning. I *Viking* la EU-domstolen til grunn at arbeidstakerorganisasjoner var pliktsubjekt etter etableringsfrihetsreglene og at kollektive kampskritt, herunder streikeaksjoner, kunne innebærer en restriksjon på denne frihet, men som kunne godtas så lenge restriksjonen ikke gikk lenger enn nødvendig for å ivareta legitime formål.¹³⁹

I *Albany* har domstolen implisitt lagt til grunn at kollektive forhandlinger, som restriksjon på konkurransen, er et egnet virkemiddel til å oppnå legitime sosialpolitiske formål. Spørsmålet er om det i tillegg til å konstatere at avtalereguleringen har til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, oppstilles et krav om at avtalen ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å nå forbedringsformålet. Ved et bekreftende svar kan det overskytende falle utenfor unntaket. Videre drøftes om det må foretas en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand.

Hva gjelder det første spørsmålet, hvorvidt avtalen ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig for å forbedre ansettelses- og arbeidsforhold, er EU-domstolens avgjørelse i *Van der Woude* av interesse. Klageren hevdet at Albany-unntaket ikke kom til anvendelse på avtaler som utpekte et bestemt foretak til å administrere helseforsikringsordningen, når dette foretaket så overdro forpliktelsen til et annet foretak. Generaladvokaten forutsatte at proporsjonalitetsprinsippet begrenset Albany-unntakets rekkevidde og uttalte: “The plaintiff submits that the exception established in the Albany cases must be narrowly construed and, in particular, must respect the principle of proportionality. This is clearly correct.”¹⁴⁰

Hva han mente med at partene må respektere proporsjonalitetsprinsippet fremgår av avsnitt 33 hvor han uttalte at:

¹³⁸ Sak C-491/01 *British American Tobacco* premiss 122.

¹³⁹ Sak C-438/05 *Viking* premiss 87.

¹⁴⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Sak C-222/98 *Van der Woude* premiss 28.

”Those allegedly harmed by such anti-competitive restrictions (...) may always challenge them on the basis that the agreement does not pursue a genuine social objective because the restrictions resulting from it, or from its application, go beyond what is required by the pursuit of its objective”¹⁴¹.

Generaladvokaten forutsatte altså at der en avtaleregulering gikk lenger enn hva som var nødvendig for å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, ville det overskytende falle utenfor Albany-unntaket.

EU-domstolen uttalte seg ikke om et proporsjonalitetsprinsipp i den påfølgende avgjørelse. I tilknytning til spørsmålet om utvelgelsen av et sykeforsikringsforetak til å administrere avtalens ordninger, som så hadde overdratt denne oppgaven til et annet foretak, falt utenfor Albany-unntakets rekkevidde, uttalte domstolen: ”(...) to accept such a limitation would constitute an unwarranted restriction on the freedom of both sides of industry(...)”.¹⁴²

EU-domstolens uttalelse på dette punkt tilsier at arbeidsmarkedets parter tilkjennes et visst spillerom ved valg av mekanismer for å implementere og effektivisere ordningen.

Det kan diskuteres om domstolen gjennom denne uttalelsen avviste et proporsjonalitetsprinsipp som begrensning på unntakets anvendelse. I *Van der Woude* lå det implisitt i avgjørelsen at ordninger som hadde med administrasjonen av sykeforsikringsordningen ville lede til en effektivisering av avtalen og således var nødvendig for forbedringen ansettelses- og arbeidsvilkår. Det er dermed tvilsomt om man på bakgrunn av domstolens taushet kan utlede at det ikke gjelder en proporsjonalitetsbegrensning, i form av et nødvendighetskrav.

I *KLP-saken* uttalte EFTA-domstolen at partene måtte gis et visst spillerom ved reguleringen av en pensjonsordning og uttalte at: ”så lenge de omstridte bestemmelsene faktisk forfølger de formålene som plasserer dem utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS, må derav følgende konkurransebegrensninger aksepteres.”¹⁴³

EU- og EFTA-domstolen synes således å gi partene et spillerom ved valg av mekanismer for å gjennomføre avtalens ordninger. Dette gir assosiasjoner til *doktrinen om tilknyttede begrensninger*. Doktrinen er utviklet på bakgrunn av EU-domstolens rettspraksis, først og fremst med sikte på tilknyttede begrensninger til avtaler med et legitimt kommersielt formål. Doktrinen går ut på at en konkurransebegrensende avtale som har en funksjon i

¹⁴¹ Ibid. avsnitt 33.

¹⁴² Sak C-222/98 *van der Woude* avsnitt 26.

¹⁴³ Sak E-8/00 *LO v KS* premiss 73.

kontraktsforholdet som er nødvendig for gjennomføringen av dette, faller utenfor EØS art. 53(1). I *Métropole Télévision* beskrev domstolen en ”tilknyttet begrensning” som en begrensning som er ”[d]irectly related and necessary to the implementation of a main operation.”¹⁴⁴

Etter EU-domstolens avgjørelse i *Wouters* har enkelte stilt spørsmålet om doktrinen om tilknyttede begrensninger også kan anvendes der avtalen har andre legitime formål enn rent kommersielle.¹⁴⁵ I *Wouters* var ikke konkurransebegrensningen nødvendig for en kommersiell transaksjon, men for kvaliteten på advokattjenestene. Domstolen til grunn at selvstendig næringsdrivendes konkurransebegrensende samarbeid falt utenfor TEUF art. 101, ettersom sammenslutningens regelverk sikret kvaliteten på advokattjenestene. Reguleringen måtte imidlertid ikke gå lenger enn *nødvendig* for å sikre god advokatskikk. Kolstad fremholder at en mulig tolkning av *Wouters* er at EU-domstolen har «utvidet kretsen av de hensyn som kan rettferdiggjøre tilknyttede og ’objektivt nødvendige’ konkurransebegrensninger.”¹⁴⁶

I *van der Woude* forutsatte EU-domstolen at avtaler mellom organisasjonene og utenforstående foretak som ble inngått for å implementere og effektivisere en ordning, som i seg selv falt inn under Albany-unntaket, også omfattes av unntaket. Dette kan anses som et utslag av EU-domstolens doktrine om tilknyttede begrensninger. Dette tilsier at doktrinens vilkår om at begrensningene ikke må gå lenger enn nødvendig, også må gjelde som begrensning på partenes handlingsfrihet ved implementeringen og gjennomføringen av den kollektive arbeidsavtalen.

Et ytterligere argument for å oppstille et nødvendighetskrav er likheten mellom *Albany* og *Wouters*. I begge avgjørelser oppstilte domstolen et unntak fra TEUF art. 101 (1) på ulovfestet grunnlag på grunn av andre legitime formål. Dette taler for at den proporsjonalitetsbegrensning som ble lagt til grunn i *Wouters* også må legges til grunn for Albany-unntaket.

På denne bakgrunn må det legges til grunn at Albany-unntaket inneholder en proporsjonalitetsbegrensning, i form av et nødvendighetskrav. Dersom en avtaleregulering i en kollektiv arbeidsavtale, som i utgangspunktet har til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesforhold, går lenger enn nødvendig, vil det overskytende falle utenfor Albany-unntaket. Reguleringen vil da potensielt bli gjenstand for en konkurranserettslig vurdering etter EØS art. 53.

¹⁴⁴ Sak T-112/99 *Métropole télévision* premiss 104.

¹⁴⁵ Whish og Bailey (2012) s. 132.

¹⁴⁶ Kolstad (2011) s. 518-519.

Det neste spørsmål er om det må foretas en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand. Dette vil i så fall innebære at en avtale som i utgangspunktet forbedrer arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, og som er nødvendig for å nå dette formål, likevel faller utenfor Albany-unntaket fordi den negative virkningen avtalen har på konkurransen er betydelig større enn avtalens positive virkninger for arbeidstakerne.

Det finnes ikke holdepunkter i EU- og EFTA-domstolens avgjørelser for at det skal foretas en snever proporsjonalitetsvurdering. At det ikke skal foretas en snever proporsjonalitetsvurdering er også lagt til grunn i den juridiske litteraturen. Innfortolkes en slik begrensning i unntaket vil det kunne lede til en ulik anvendelse av unntaket, noe som vil kunne gå på bekostning av unntakets effektivitet. På denne bakgrunn må det legges til grunn at det ikke skal foretas en snever proporsjonalitetsvurdering.¹⁴⁷

4.5 Oppsummering

Kapitlet har behandlet unntaket for kollektive arbeidsavtaler etablert og utviklet i EU- og EFTA-domstolens rettspraksis. To hovedvilkår må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse.

For det første må avtalen må være inngått i forbindelse kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. Kollektive avtaler forhandlet frem på vegne av selvstendig næringsdrivende faller ikke inn under unntaket. Nasjonal klassifikasjon som selvstendig næringsdrivende er imidlertid ikke avgjørende, og i tvilstilfeller må det foretas en konkret vurdering av om vedkommende er i en sammenlignbar situasjon som en arbeidstaker. Det er lagt til grunn at det ikke oppstilles et krav om at arbeidstakersiden til en kollektiv avtale må være representert gjennom en organisasjon eller at arbeidstakerorganisasjonen må være representativ.

For det andre må avtalen ha til formål å forbedre arbeids- og ansettelses forhold. En isolert tolkning av ”arbeids- og ansettelsesvilkår” innebærer at unntaket ikke får anvendelse på reguleringer som ikke har noen side til arbeidstakernes vilkår. Det er lagt til grunn at det oppstilles et krav om at reguleringen må lede til en *direkte* forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Reguleringer som direkte regulerer arbeidsgiverens atferd på produkt- eller tjenestemarkedet faller antagelig utenfor unntaket, selv om et sideformål med en slik

¹⁴⁷ Bruun og Helsten (2001) s. 44.

regulering er å forbedre arbeidstakernes vilkår. Videre er det lagt til grunn at formålsvurderingen er objektiv. I utgangspunktet gjelder det ikke et krav om faktisk forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Imidlertid kan utradisjonelle vilkår i en kollektiv arbeidsavtale tale for at prøvingen bør oppjusteres, slik at også avtalens faktiske virkning må påvises. Det er lagt til grunn at det gjelder en proporsjonalitetsbegrensning i form av et nødvendighetskrav.

I det videre drøftes om avtalereguleringer som faller utenfor Albany-unntaket, kan falle innenfor EØS art. 53's saklige virkeområde.

5 EØS art. 53's saklige virkeområde og kollektive arbeidsavtaler

5.1 Innledning

I EU- og EFTA domstolens rettspraksis har *unntaket* for kollektive arbeidsavtaler stått i fokus. Spørsmålet om en kollektive arbeidsavtale er en avtale mellom ”foretak” har så langt ikke kommet på spissen. EU-domstolens praksis gir ikke svar på hvilke foretak som er antatt å kunne handle i strid med konkurransebegrensningsforbudet i EØS art. 53 jf. TEUF art. 101. Behovet for å etablere et unntak indikerer imidlertid at EØS art. 53 og TEUF art 101 i prinsippet kan komme til anvendelse. EFTA-domstolen har uttalt at bestemmelser i kollektive arbeidsavtaler ”som forfølger det formål som ligger utenfor området for forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår (...) kan falle innenfor anvendelsesområde for artikkel 53 EØS.”¹⁴⁸

Kapitlet skal behandle oppgavens andre hovedproblemstilling: Hvorvidt en kollektiv arbeidsavtale er et samarbeid mellom ”foretak” eller en beslutning av ”sammenslutninger av foretak”. Ved et bekreftende svar vil reguleringer i kollektive arbeidsavtaler som faller utenfor Albany-unntaket falle innenfor EØS art. 53's saklige virkeområde. Fremgangsmåten for å besvare problemstillingen er å undersøke om arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner er ”foretak” eller ”sammenslutninger av foretak” i bestemmelsens forstand. Deretter følger en oppsummering og en diskusjon av forholdet mellom Albany-unntaket og foretakskriteriet.

5.2 Foretakskriteriet

5.2.1 Presentasjon av foretakskriteriet

”Foretak” er definert i krrl. § 2 som ”enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet”. Denne definisjon skal forstås i overensstemmelse med foretaksbegrepet i EU/EØS-konkurranseretten.¹⁴⁹ I EØS-avtalens protokoll 22 er ”foretak” definert som en ”enhet som utøver virksomhet av en handelsmessig eller økonomisk art”. Denne definisjonen er utformet på bakgrunn av EU-domstolens rettspraksis og må tolkes i tråd med denne. Foretaksbegrepet er ikke definert i den skrevne EU-retten. I *Höfner* karakteriserte EU-domstolen foretaksbegrepet slik:

¹⁴⁸ Sak E-8/00 *LO v. KF* premiss 59.

¹⁴⁹ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 221.

“(…) the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed (…).”¹⁵⁰

Denne uttalelse har vært stadfestet en rekke ganger i EU- og EFTA-domstolens etterfølgende avgjørelser.

Definisjonen i *Höfner* innebærer at en aktør må utøve økonomisk virksomhet for å være et ”foretak” og dermed pliktsubjekt etter TEUF art. 101(1) jf. EØS art. 53(1). En hver virksomhet som består i å tilby varer eller tjenester på markedet er, etter EU-domstolens praksis, å betrakte som ”økonomisk”.¹⁵¹ Ytterligere elementer vektlagt i domstolens praksis er hvorvidt aktøren bærer den økonomiske risiko for virksomheten¹⁵² og om aktiviteten er egnet til å generere profitt.¹⁵³

Hvorvidt en enhet er å betrakte som ”foretak” beror på aktørens virksomhet, ikke aktørens rettslige status. Derfor beskrives foretaksbegrepet som ”funksjonelt”. Som fremholdt av generaladvokat Jacobs i sin karakteristikk av foretaksbegrepet: ”it focuses on the type of activity performed rather than on the characteristics of the actors which perform it (…).”¹⁵⁴

Dette innebærer at en og samme aktør kan opptre som et foretak i ett henseende, men ikke i et annet. I *Motoe* uttalte domstolen at vurderingen: ”(…) must be carried out separately for each activity exercised by a given entity.”¹⁵⁵

Samarbeid mellom to eller flere aktører innenfor samme økonomiske enhet rammes ikke av forbudet i EØS art. 53. Doktrinen om én økonomisk enhet ble introdusert i EU-domstolens avgjørelse i *Viho*, hvor et datterselskap ble ansett å utgjøre en økonomisk enhet med morselskapet.¹⁵⁶ I *Suiker Unie* la domstolen til grunn at en agent utgjør én økonomisk enhet med sin prinsipal under forhandlinger med utenforstående tredjeparter.

¹⁵⁰ Sak C-41/90 *Höfner* premiss 21.

¹⁵¹ Sak C-180/98 *Pavlov* premiss 75.

¹⁵² Sak C-35/96 *Kommisjonen v Italia* premiss 55.

¹⁵³ Sak C-41/1990 *Höfner* premiss 22.

¹⁵⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i forente saker C-264/01 etc. *AOK Bundesverband* premiss 25.

¹⁵⁵ Sak C-49/07 *Motoe* premiss 25.

¹⁵⁶ Sak T-102/92 *Viho* opprettholdt etter anke i sak C-73/95P.

5.2.2 Arbeidstakere

I den grad den enkelte arbeidstaker er et ”foretak” vil en sammenslutning av arbeidstakere utgjøre en ”sammenslutning av foretak” og være pliktsubjekt etter EØS art. 53.

Et enkeltindivid er et ”foretak” dersom han eller hun bestemmer sin atferd selvstendig på markedet og utøver økonomisk virksomhet. Den etablerte oppfatning er at arbeidstakere ikke er ”foretak”.¹⁵⁷ Arbeidstakeren inngår som en integrert del av arbeidsgiverforetaket og bærer ikke den økonomiske risiko for sin atferd.¹⁵⁸ Generaladvokat Jacobs har påpekt at: ”dependent labour is by its very nature the opposite of the independent exercise of an economic or commercial activity.”¹⁵⁹

Å legge til grunn at arbeidstakere aldri kan være foretak vil imidlertid innebære at foretaksbegrepet defineres på bakgrunn av aktørens rettslige status, og ikke aktørens aktivitet. Dette vil samsvarer dårlig med det funksjonelle foretaksbegrepet. Derfor skal det i det følgende undersøkes om arbeidstakere kan være foretak i forhandlinger med arbeidsgiver.

Det første spørsmålet som drøftes er om arbeidstakeren utgjør én økonomisk enhet med arbeidsgiver under forhandlinger om lønn og andre arbeidsvilkår, slik at avtaler dem imellom ikke faller innenfor EØS art. 53's saklige anvendelsesområde.

EU-domstolens avgjørelse i *Suiker Unie* blir ofte tatt til inntekt for at arbeidstakere og arbeidsgiver utgjør én økonomisk enhet:

“(…) an agent works for his principal he can in principle be regarded as an auxiliary organ forming an integral part of the latter's undertaking bound to carry out the principal's instructions and thus like a commercial employee, forms an economic unit with this undertaking.”¹⁶⁰

I *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* presiserte EU-domstolen at et samarbeid mellom agent og prinsipal ikke vil skje innenfor samme økonomisk enhet dersom kontrakten regulerer deres interne forhold:

”(…) only the obligations imposed on the intermediary in the context of the sale of the goods to third parties on behalf of the principal fall outside the scope of that article [TEUF art. 101]. As the

¹⁵⁷ Rose og Bailey (2013) s. 98.

¹⁵⁸ Forente saker 40/73 etc. *Suiker Unie*, premiss 480.

¹⁵⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* avsnitt 215.

¹⁶⁰ Forente saker 40/73 etc. *Suiker Unie*, premiss 173.

Commission submitted, *an agency contract may contain clauses concerning the relationship between the agent and the principal to which that article applies*”¹⁶¹ (min kursiv)

Per analogi kan avgjørelsen tas til inntekt for at arbeidstakere og arbeidsgivere ikke utgjør én økonomisk enhet i forbindelse med kollektive arbeidsavtaler. I sitt forslag til avgjørelse i *Albany* påpekte generaladvokat Jacobs at resonnementet fra *Suiker Unie* ikke har direkte overføringsverdi ved forhandlinger med arbeidsgiver: ”In that respect employees are acting autonomously and in their own right.”¹⁶²

I *Becu* tok EU-domstolen stilling til havnearbeideres status som «foretak» i relasjon til TEUF art. 102:

”(…) the employment relationship (…) is characterized by the fact that they perform the work in question for and under the direction of those undertakings, so that they must be regarded as ”workers” within the meaning of (…) Article [45 TEUF] (…) Since they are, for the duration of the relationship, incorporated into the undertakings concerned and thus form an economic unit with each of them, dockers do not therefore in themselves constitute ”undertakings” within the meaning of Community competition law.”¹⁶³

EU-domstolen la til grunn at havnearbeiderne utgjorde én økonomisk enhet med arbeidsgiverne. Domstolen kom til denne konklusjon etter en vurdering av ansettelsesforholdets karakter og vektla at arbeidstakerne var underlagt arbeidsgiverens kontroll. Ettersom EU-domstolen fokuserte på at arbeidstakerne var underlagt arbeidsgiverens styringsrett har Townley fremholdt ”[i]t seems to be implicit in the ECJ’s approach that employees could be undertakings in certain circumstances.”¹⁶⁴

I den juridiske teorien er det flere som har fremholdt at doktrinen om én økonomisk enhet ikke er anvendelig når arbeidstakeren forhandler med arbeidsgiver. Nihoul skriver i sin kommentar til EU-domstolens avgjørelse i *Becu*:

”It was thus not the result of negotiation carried out by the workers on behalf, and for the account of the employers. That position placed the workers in a situation where they could determine the conditions which applied vis-à-vis the employers. There is no reason to consider that such a position should not be examined under Article [102].”¹⁶⁵

¹⁶¹ Sak C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* premiss 62.

¹⁶² Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* avsnitt 210.

¹⁶³ Ibid. avsnitt 26.

¹⁶⁴ Townley (2007) s. 3.

¹⁶⁵ Nihoul (2000) s. 412.

Odudu og Bailey spør seg om det faktum at arbeidsgiver og arbeidstaker som regel vil utgjøre en økonomisk enhet er til hinder for at avtaler dem imellom kan bli gjenstand for konkurranserettslig prøvelse under TEUF art. 101: "[a] negative answer has been suggested, so that an agreement between an employer and an employee may be subject to competition law where the latter acts in his or her own right."¹⁶⁶

På denne bakgrunn er det grunnlag for å hevde at arbeidstaker ikke utgjør en økonomisk enhet med arbeidsgiver under forhandlinger dem imellom, selv om spørsmålet ikke kan sies å ha fått en endelig avklaring.

Spørsmålet blir da om arbeidstakerens under en hver omstendighet ikke er "foretak" fordi tilbud av arbeidskraft ikke kan anses som "økonomisk virksomhet".

Ved vurderingen av om arbeidstakeren utøver økonomisk virksomhet er det sentrale spørsmål hvordan man skal klassifisere det at arbeidstakeren tilbyr sin arbeidskraft mot lønn. Dette innebærer en stillingtagen til om tilbud av arbeidskraft kan innebære å tilby tjenester eller varer på markedet.

Som påpekt av generaladvokat Jacobs, har det at å tilby arbeidskraft likhetstrekk med å tilby varer eller tjenester på markedet. Han fremholdt at konkurransereglene var utformet for vare- og tjenestemarkedene, og at arbeid har lang tradisjon for å være et distinkt konsept. Å anse arbeid som økonomisk aktivitet ville etter generaladvokaten syn innebære "uneasy analogies between the markets for goods and services and labour markets."¹⁶⁷ Etter hans syn falt arbeidstakere i prinsippet utenfor det saklige virkeområde til TEUF art. 101, med forbehold om at fremtiden ville vise om bestemmelsen i unntakstilfeller ville kunne komme til anvendelse, for eksempel på profesjonelle idrettsutøvere.¹⁶⁸

At arbeid er et distinkt konsept fra tjenester og varer taler for at tilbud av arbeidskraft ikke er "økonomisk virksomhet".

Et annet element i "økonomisk" virksomhet er at aktørens aktivitet må være egnet til å generere profitt. Dette stod sentralt i *Höfner* hvor EU-domstolen la til grunn at et arbeidsformidlingsforetak, som tilbød sine tjenester gratis, var et "foretak". Avgjørende var at det i markedet var potensiale for å profitte på arbeidsformidlingstjenester. Generaladvokat

¹⁶⁶ Odudu og Bailey (2014) s. 1741.

¹⁶⁷ Generaladvokatens forslag til avgjørelse sak C-67/96 *Albany* avsnitt 216.

¹⁶⁸ Ibid. avsnitt 217.

har påpekt i sitt forslag til avgjørelse i *AOK Bundesverband*: ”In assessing whether an activity is economic in character, the basic test appears (...) to be whether it could, at least in principle, be carried on by a private undertaking in order to make profits.”¹⁶⁹

Anvendt på arbeidstakere er det klart at selvstendig næringsdrivende vil kunne utføre tilsvarende oppgaver og profitte disse. Dette er saksforholdet i *FNV Kunsten Informatie en Media* et eksempel på, hvor selvstendige vikarer utførte de samme oppgaver som ansatte vikarer i et orkester. Dette kan gi en viss støtte for at arbeidstakernes virksomhet anses som ”økonomisk”.

For vurderingen av om arbeidstakere utøver økonomisk virksomhet kan det videre spørres om risikoen arbeidstakeren må bære som følge av et avslag på tilbud av arbeidskraft, er en økonomisk risiko som kan tilsi at tilbud av arbeidskraft er en form for økonomisk virksomhet. Økonomisk risiko stod blant annet sentralt i *Wouters* hvor EU-domstolen i sin vurdering av om adokvatene var ”foretak” la avgjørende vekt på at advokatene bar den økonomiske risikoen for virksomheten.¹⁷⁰

Det kan hevdes at arbeidstakeren bærer en form for økonomisk risiko for det tap han eller hun må bære som følge av et avslag på arbeidskraft. Odudu tolker EU-domstolens rettspraksis vedrørende risikobegrepet som at ”økonomisk risiko” er brukt for å avgjøre hvem ansvaret for økonomisk virksomhet skal tilskrives, og ikke risiko generelt.¹⁷¹ At risikobegrepet knytter seg til ansvarsfordeling er påpekt av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i hans forslag til avgjørelse i *Becu*:

”It is the ability to take on financial risks which gives an operator sufficient significance to be capable of being regarded as an entity genuinely engaged in trade, that is to say be regarded as an undertaking. In other words, recognition as an ”undertaking” requires, at least, the existence of an identifiable centre to which economically significant decisions can be attributed. For that reason, employees do not constitute undertakings.”¹⁷²

Ettersom konkurransereglene er rettet mot aktører som har evne til å øve en viss innflytelse på vare- og tjenestemarkedet, kan det hevdes at foretaksbegrepet ikke er utformet med tanke på arbeidstakere.

¹⁶⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-264/01 *AOK-Bundesverband* avsnitt 27.

¹⁷⁰ Sak C-309/99 *Wouters* premiss 48.

¹⁷¹ Odudu (2005) s. 222.

¹⁷² Generaladvokatens forslag til avgjørelse i aak C-22/98 *Becu* avsnitt 53.

Foreliggende rettspraksis og EU-traktatens tydelige distinksjon mellom varer og tjenester på den ene side og arbeid på den annen, samt fravær av økonomisk risiko på tjeneste- og varemarkedet, trekker tydelig i retning av at arbeidstakerens forhandlinger med arbeidsgiver ikke anses som økonomisk aktivitet. På denne bakgrunn må det legges til grunn at hovedregelen er at arbeidstakere ikke opptrer som et ”foretak” i forhandlinger med arbeidsgiver.

5.2.3 Arbeidstakerorganisasjoner

Spørsmålet er om arbeidstakerorganisasjon i forbindelse med kollektive forhandlinger opptrer som ”foretak” eller ”sammenslutninger av foretak”.

Ettersom arbeidstakere ikke er ”foretak” ved forhandlinger med arbeidsgiver, er heller ikke en arbeidstakerorganisasjon en «sammenslutning av foretak”. Dette ble påpekt av EU-domstolen i *Becu*, hvor domstolen, etter å ha konkludert med at havnearbeiderne i saken ikke var foretak, tilføyde:

”even taken collectively, the recognised dockers in a port area cannot be regarded as constituting an undertaking (...) a person's status as a worker is not affected by the fact that that person (...) is linked to the other workers of that undertaking by a relationship of association.”¹⁷³

Imidlertid kan en organisasjon i seg selv være et «foretak». ¹⁷⁴ Et første spørsmål er om representasjonen av arbeidstakere kan utgjøre ”økonomisk virksomhet”.

Representasjon av arbeidstakere kan vanskelig sies å være ”tilbud av varer eller tjenester” i foretaksbegrepets forstand. Generaladvokat Jacobs påpekte i sitt forslag til avgjørelse i *Albany* at organisasjonen i slike tilfeller opptrer på vegne av medlemmene, som selv ikke er pliktsubjekt etter TEUF art. 101, og at en arbeidstakerorganisasjon i rollen som representant, ikke utøver økonomisk virksomhet.¹⁷⁵ Organisasjonen har da til funksjon å gjennomføre en avtale mellom ikke-økonomiske aktører, og kan i denne rolle sammenliknes med en agent eller et ”talerør” for arbeidstakerne.

I den utstrekning en arbeidstakerorganisasjon for egen regning engasjerer seg i kommersiell virksomhet, som bankvirksomhet eller dagligvarehandel, opptrer organisasjonen som

¹⁷³ Sak C-22/98 *Becu* premiss 27-28.

¹⁷⁴ Sak 127/73 *BRT v Sabam and Fonior* premiss 7.

¹⁷⁵ Generaladvokatens forslag til avgjørelse Sak C-67/96 *Albany* avsnitt 224.

foretak.¹⁷⁶ Det må antas at slike kommersielle avtaler med andre foretak sjeldent vil inngås i konteksten av kollektive arbeidsavtaler.

Et eget spørsmål er om arbeidstakerorganisasjoner opptrer som ”foretak” i forbindelse med reguleringer i kollektive arbeidsavtaler som etablerer eller utpeker utenforstående foretak til å administrere og forvalte den kollektive arbeidsavtalens ordninger. I *Albany* etablerte den kollektive arbeidsavtalen et pensjonsfond. Pensjonsfondet ble av EU-domstolen ansett som et ”foretak”. En annen variant er å finne i den verserende *Holship-saken* hvor den kollektive arbeidsavtalen etablerer et administrasjonskontor til å administrere havnearbeidernes avtalte fortrinnsrett til losse- og lastearbeid.

Når arbeidstakerorganisasjonen inngår en avtale med arbeidsgiversiden om å etablerer et foretak, som arbeidstakerorganisasjonen deltar i ledelsen av eller er administrativt involvert i, kan det hevdes at arbeidstakerorganisasjonen utøver økonomisk virksomhet i *dette* henseende. Evju fremholder dette som en mulig forklaring på hvorfor EU-domstolen oppstilte et unntak for kollektive arbeidsavtaler i *Albany*.¹⁷⁷

En innvending er at det er det utenforstående foretaket, og ikke arbeidstakerorganisasjonen, som tilbyr varer eller tjenester. Virksomheten kan da vanskelig betegnes som ”økonomisk”. Førsteinstansretten har imidlertid lagt til grunn at en aktør som tilrettelegger for konkurransebegrensende samarbeid, uten selv å tilby varer og tjenester, kan opptre som et ”foretak”.¹⁷⁸ Det er således ikke nødvendig at enheten selv er aktiv på det relevante markedet.

På den annen side trer ikke arbeidstakerorganisasjonen ut av rollen som representant for arbeidstakere når den inngår avtaler som etablerer eller utpeker utenforstående foretak til å realisere og effektivisere den kollektive arbeidsavtalens ordninger. Aktiviteten må tilregnes arbeidstakerne. På denne bakgrunn synes det tvilsomt om utvelgelsen av et utenforstående foretak på vegne av arbeidstakerne kan karakteriseres som ”økonomisk virksomhet”.

På bakgrunn av at en arbeidstakerorganisasjon som hovedregel vil handle i rollen som representant for arbeidstakere som ikke-økonomiske aktører, må det antas at arbeidstakerorganisasjon som hovedregel ikke vil være ”foretak” i konteksten av kollektive forhandlinger.

¹⁷⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* avsnitt 226.

¹⁷⁷ Evju (2001) s. 176.

¹⁷⁸ Sak T-99/04 *AC-Treuhand AG* premiss 106.

5.2.4 Arbeidsgiver og arbeidsgiverorganisasjoner

For å avgjøre om arbeidsgiver opptrer som ”foretak” under kollektive forhandlinger med arbeidstakerorganisasjonen er det avgjørende om denne aktiviteten kan karakteriseres som ”økonomisk”.

I *Albany* anførte den nederlandske regjeringen at arbeidsgivere ikke var ”foretak”, ettersom de under forhandlingene med arbeidstakerne forfulgte sosiale formål.¹⁷⁹ Det var ikke nødvendig for EU-domstolen å ta stilling til dette, da den kollektive arbeidsavtalen falt innenfor unntaket etablert i samme sak.

Spørsmålet kom imidlertid opp i *KLP-saken*. EFTA-domstolen uttalte at en kommune som i egenskap av å være medlem av en arbeidsgiverorganisasjon, og som beskytter sine interesser som arbeidsgiver engasjert i økonomisk virksomhet, opptrer som foretak i forbindelse med kollektive forhandlinger med arbeidstakerne.¹⁸⁰

Generaladvokat Jacobs har påpekt at arbeidsgivere ikke inngår i kollektive forhandlinger med arbeidstakerorganisasjoner på bakgrunn av sosialpolitiske formål. Under forhandlinger med arbeidstakerorganisasjonen vil arbeidsgivere normalt handle ut fra økonomiske motiver og forsvare sine økonomiske interesser.¹⁸¹

Resultatet av de kollektive forhandlingene vil ha betydning for arbeidsgiverens utgifter til lønn. Forhandlinger med de ansatte utgjør således en forutsetning for at arbeidsgiverforetaket skal kunne produsere varer eller levere tjenester på markedet, og henger uløselig sammen med arbeidsgiverens økonomiske aktivitet.

På bakgrunn av EFTA-domstolens uttalelse om at arbeidsgivere vil være ”foretak”, og at forhandlinger med arbeidstakerne henger uløselig sammen med arbeidsgivernes økonomiske virksomhet, må det imidlertid legges til grunn at arbeidsgivere som hovedregel opptrer som ”foretak” under kollektive forhandlinger.

Når arbeidsgiver er et offentlig organ, eller en privat aktør tildelegert offentlig myndighet, kan foretaksbegrepets anvendelse fordre en grundigere vurdering. Offentlige organer er underlagt konkurransereglene når de tilbyr varer eller tjenester på markedet, men faller utenfor

¹⁷⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* avsnitt 202.

¹⁸⁰ Sak E-08/00 *LO v KS* premiss 66.

¹⁸¹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Sak C-67/96 *Albany* avsnitt 229.

anvendelsesområdet til EØS art. 53 når de utøver offentlig myndighet.¹⁸² Innkjøp av varer og tjenester til bruk for offentlige myndighetsutøvelse, kan bli ansett som ledd i utøvelsen av offentlig myndighet. Hvorvidt innkjøpet kan karakteriseres som ”økonomisk virksomhet” må, på bakgrunn av *Fenin*, avgjøres ut fra den videre anvendelse av de produkter som kjøpes.¹⁸³ I avgjørelsen konkluderte retten med at innkjøp av varer til aktiviteter av ren sosial karakter ikke kunne betraktes som ”økonomisk virksomhet”.

Tilsvarende prinsipper må gjelde for et offentlig organ ved kollektive forhandlinger med sine ansatte. Dersom en arbeidsgiver forhandler med arbeidstakere som utelukkende har til arbeidsoppgave å administrere organets offentlige funksjoner, vil forhandlinger med disse arbeidstakerne henge uløselig sammen med offentlig myndighetsutøvelse og ikke kunne karakteriseres som ”økonomisk virksomhet”.¹⁸⁴ Dette synspunkt er lagt til grunn i EFTA-domstolens uttalelse i *KLP-saken*:

”Hvis en sammenslutning av kommuner deltar i kollektive forhandlinger som gjelder arbeidstakere som er beskjeftiget utelukkende innen offentlig administrasjon, kan verken organisasjonen eller dens medlemmer i dette henseendet anses som et foretak i henhold til artikkel 53 EØS.”¹⁸⁵

På denne bakgrunn må det legges til grunn at arbeidsgiveren opptrer som ”foretak” under forhandlinger med arbeidstakere, forutsatt at de ansatte er beskjeftiget i arbeidsgiverens økonomiske virksomhet. Enheter som utøver offentlig myndighet må undergis en konkret vurdering alt etter arbeidstakerens oppgaver og funksjoner.

5.2.5 Oppsummering

Det har vært undersøkt om kollektive forhandlinger og avtaleinngåelse innebærer at arbeidsmarkedets parter utøver ”økonomisk virksomhet” for å avgjøre om en kollektiv arbeidsavtale mellom arbeidsmarkedets parter kan falle innenfor EØS art. 53’s saklige virkeområde.

Arbeidstakere opptrer ikke som ”foretak” under forhandlinger med arbeidsgiver. Arbeidstakerorganisasjonen kan imidlertid i seg selv være et foretak. Representasjon av arbeidstakere, som ikke-økonomiske aktører, er ikke ”økonomisk virksomhet”. På denne

¹⁸² Sak C-343/95 *Cali & Figli* premiss 17.

¹⁸³ C-205/03P *Fenin* premiss 21.

¹⁸⁴ Rose og Bailey (2013) s. 93.

¹⁸⁵ Sak E-8/00 *LO v. KS* premiss 65.

bakgrunn vil arbeidstakere og deres organisasjoner som hovedregel ikke opptre som ”foretak” under kollektive forhandlinger med arbeidsgiversiden.

På arbeidsgiversiden vil arbeidsgiveren opptre som ”foretak” i forhandlinger med arbeidstakerne dersom arbeidstakerne er beskjeftiget i arbeidsgiverens økonomisk virksomhet. Arbeidsgiverorganisasjoner vil dermed være en ”sammenslutning av foretak”.

På denne bakgrunn må det konkluderes med at en kollektiv arbeidsavtale som hovedregel ikke vil være en avtale mellom ”foretak”, ettersom aktørene på arbeidstakersiden ikke er et ”foretak”.

5.3 Forholdet mellom Albany-unntaket og foretakskriteriet

Her diskuteres Albany-unntakets selvstendige betydning ved siden av foretakskriteriet.

Arbeidstakere vil falle utenfor det saklige virkeområde til EØS art. 53(1), både i medhold av Albany-unntaket og fordi arbeidstakere ikke er ”foretak” under forhandlinger med arbeidsgiver. Motsatsen er at selvstendige næringsdrivende faller innenfor EØS art. 53, både fordi de er ”foretak” og på grunn av Albany-unntakets vilkår om at avtalen må være et resultat av forhandlinger mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner. I både *Pavlov* og *FNV Kunsten Informatie en Media* er begrunnelsen for at forhandlinger på vegne av selvstendig næringsdrivende faller utenfor Albany-unntaket at disse aktørene utgjør ”foretak”:

”(…) although they perform the same activities as employees, service providers (...), are, in principle, ‘undertakings’ within the meaning of Article 101(1) TFEU.”¹⁸⁶

Et stykke på vei kan det virke som om det er sammenfall mellom Albany-unntaket og foretaksbegrepet som rettslig grunnlag for kollektive arbeidsavtalers konkurranserettslige immunitet fra EØS art. 53. Dersom Albany-unntaket får anvendelse, vil aktøren på arbeidstakersiden til en kollektiv arbeidsavtale ikke være foretak, og det skulle således ikke være nødvendig med et unntak ut over den avgrensning som ligger i foretakskriteriet. Dermed oppstår spørsmålet hvilken selvstendig betydning Albany-unntaket har ved siden av det funksjonelle foretaksbegrepet.

¹⁸⁶ Sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* premiss premiss 27.

I *Albany* uttalte EU-domstolen at sosialpolitiske formål ville bli brakt i fare dersom: ”management and labour were subject to TEUF art. 101(1).”¹⁸⁷ (min kursiv) Denne uttalelsen kan tolkes som at EU-domstolen ikke utelukket at aktører på arbeidstakersiden kunne være pliktsubjekt etter TEUF art. 101. Dette kan være en mulig forklaring på at domstolen fant grunn til å oppstille et unntak for avtaler mellom arbeidsmarkedets aktører. På denne bakgrunn kan unntaket kanskje forklares i et siktemål om å unngå fremtidige tvister om foretaksbegrepets anvendelse på arbeidstakere og deres organisasjoner.

Først og fremst vil Albany-unntaket ha selvstendig betydning for det horisontale samarbeidet¹⁸⁸ mellom arbeidsgiverforetakene, i forkant av forhandlinger med arbeidstakere. Her vil Albany-unntaket utgjøre et mer vidtgående grunnlag for konkurranserettslig immunitet enn foretaksbegrepet, fordi det også unntar arbeidsgiverforetakenes atferd fra anvendelsesområdet til EØS art. 53. For kollektive arbeidsavtaler på bedriftsnivå vil Albany-unntaket ikke ha selvstendig betydning, ettersom en avtale mellom den enkelte arbeidsgiver og de ansatte i bedriften ikke vil utgjøre et samarbeid mellom foretak eller et samarbeid mellom flere arbeidsgiverforetak.

I sitt forslag til avgjørelse i *Albany* påpekte generaladvokat Jacobs at arbeidsgiverne må samordne sine handlinger, enten i form av ad hoc-avtaler eller institusjonalisert gjennom organisasjoner, for at en kollektiv arbeidsavtale skal komme i stand. Som et minimum må de ha blitt enige om å forhandle i fellesskap og etterleve forhandlingsresultatet som deres representanter oppnår.¹⁸⁹ Generaladvokat Jacobs var av det syn at:

”(...) there can be no doubt that on the employers' side there is an implied agreement between undertakings for the purposes of Article [101](1). At the very least, there is a concerted practice which is equally addressed by Article [101](1).”¹⁹⁰

Også i den juridiske teorien har det vært fremhevet at Albany-unntaket først og fremst har selvstendig betydning for det horisontale samarbeid som skjer på arbeidsgiversiden i forbindelse med kollektive forhandlinger. Säcker skriver: ”(...) as neither employees nor unions are to be viewed as undertakings in the context of collective bargaining, the question remains whether an agreement between the undertakings precedes the collective agreement on the part of the employer.”¹⁹¹ Tilsvarende betraktning gjenfinnes hos Nordström og Söderlind

¹⁸⁷ Sak C-67/96 *Albany* premiss 60.

¹⁸⁸ Samarbeid mellom konkurrenter.

¹⁸⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Sak C-67/96 *Albany*, avsnitt 241.

¹⁹⁰ Ibid. avsnitt 242.

¹⁹¹ Säcker (2008) s. 71.

som fremholder at: ”undantag från konkurrenslagen behövs i princip bara för den samordning som sker mellan arbetsgivare i förhandlingar och vid avtalstecknande med arbetstagare.”¹⁹²

På denne bakgrunn må det antas at det først og fremst er samarbeidet mellom arbeidsgiverforetakene Albany-unntaket gjør unntak fra, og har selvstendig betydning for. Unntaket for samarbeidet på arbeidsgiversiden er imidlertid av vesentlig betydning, da det utgjør årsaken til at flere arbeidsgiverforetak kan la seg representere av organisasjoner i forhandlinger om arbeids- og ansettelsesvilkår med arbeidstakere, uten å risikere at deres atferd strider mot forbudet i EØS art. 53.

¹⁹² Nordström og Söderlind (2000) s. 70

6 Avsluttende betraktninger

Albany-unntaketets første vilkår innebærer at avtalen må være et resultat av kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. I EU-domstolens rettspraksis har dette vilkåret først og fremst avgrenset unntaket mot kollektive forhandlinger på vegne av selvstendig næringsdrivende. Prissamarbeid mellom foretak anses svært skadelig for konkurransen og denne avgrensningen har gode grunner for seg. Imidlertid vil det kunne ha uheldige konsekvenser der den selvstendig næringsdrivende er i en svak forhandlingsposisjon overfor en sterk kunde og kundekretsen er begrenset. EU-domstolens tilnærming til denne problemstillingen i *FNV Kunsten Informatie en Media*, synes å bøte på dette. Domstolen gjorde det autonome EU-rettslige arbeidstakerbegrepet uttrykkelig relevant for vurderingen av om Albany-unntaket kom til anvendelse.

Albany-unntaketets andre vilkår innebærer at avtalen må ha til formål å lede til en direkte forbedring i arbeids- og ansettelsesvilkår. Flertallet av sakene som har vært behandlet i EU- og EFTA-domstolen har handlet om reguleringer i kjerneområdet for kollektive forhandlinger, som pensjon og helseforsikring. Derfor gir rettspraksis begrenset veiledning hva gjelder den konkurranserettslige bedømmelse av avtalereguleringer i grenseland, som for eksempel bestemmelser om at visse arbeidsoppgaver skal utføres på en bestemt måte, eller ved bruk av visse arbeidstakere. EU-domstolens avgjørelse i *FNV Kunsten Informatie en Media* er imidlertid interessant fordi domstolen synes å avvise generaladvokat Wahls argumentasjon om at en kollektiv arbeidsavtale som regulerer prisene til selvstendig næringsdrivende kan falle inn under Albany-unntaket på grunn av formålet om å styrke arbeidstakernes stillingsvern og motvirke ”sosial dumping”. Bemannings spørsmål synes å være et tema hvor konkurransereglene og de kollektive arbeidsavtalene særlig kan komme til å kollidere.

Både foretaksbegrepet og Albany-unntaket gir arbeidstakere immunitet fra EØS art. 53 ved kollektive forhandlinger. Albany-unntaketets selvstendige betydning ligger i at det unntar samarbeidet mellom arbeidsgiverforetakene i forkant av kollektive forhandlinger med arbeidstakere. Det funksjonelle foretaksbegrepet innebærer at det ikke kan utelukkes at arbeidstakere eller deres organisasjoner kan bli å anse som foretak i fremtiden. Om Albany-unntaket da vil få anvendelse er usikkert.

7 Litteraturliste

Litteratur

- Booker Daniel I. Booker: "Symposium: The Application of Antitrust Laws to Labor Related Activities" *Duquesne Law Review* (1983) Vol. 21 s.331-334
- Bruun og Hellsten Nils Bruun og Jari Hellsten: *Collective Agreement and Competition in the EU – The Report of the COLCOM-project* 1. utg., 2001
- Dyrberg, Fenger og Bjørgan Peder Dyrberg, Nils Fenger og Per Anders Bjørgan: "EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2002" *Lov og Rett* 2003 s. 308-339
- Edwardsson Eva Edwardsson: "Kollektiv arbeidsrett och konkurrensrett – rettslaget i de nordiska länderna" I: *Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten*, Ruth Nielsen og Jens Fejø (red.) 2002 s. 23-35
- Evensen og Sæveraas Harald Evensen og Eivind Sæveraas: *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* 1. utg., 2009
- Evju Stein Evju: "Collective Agreements and Competition Law: The *Albany* Puzzle, and van der Woude" *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2001) s. 165-184
- Fougner, Jan m.fl. Jan Fougner, Trond Sundet, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner m.fl. *Kollektiv arbeidsrett* 1.utg., 2004
- Fredriksen og Mathisen, Harald Fredriksen og Gjermund Mathisen: *EØS-rett* 2.utg., 2014
- Gyselen Luc Gyselen: "Case C67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Joined Cases C115-117/97, Brentjens' Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen; and Case C219/97, Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoeren havenbedrijven. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported", *Common Market Law Review* (2000) s. 425-448
- Ichino Pietro Ichino: "Collective Bargaining and Antitrust Laws: an Open

- Issue” The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, (2001) s. 185 – 197
- Kolstad Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad: *EØS-rett* 3. utg., 2011
- McCrystal og Syrpis Shae McCrystal og Philip Syrpis: “Competition Law and Worker Voice - Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union” I: *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World* Alan Bogg og Tonia Novitz (red.) 1. utg., 2014, s. 421-435
- Nielsen Ruth Nielsen: “Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten – arbejdsrettslige perspektiver” I: *Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten* Ruth Nielsen og Jens Fejø (red.) 1. utg., 2002 s. 11-19
- Nihoul Paul Nihoul: “Do workers constitute undertakings for the purpose of the competition rules?” *European Law Review* (2000) s. 408-414
- Nordberg Per Nordberg: *Arbetsrätt och konkurrensrätt – En normative studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden* 1. utg., 2002
- Nordström og Söderlind Anders Nordström og Erik Söderlind: “Konkurrensrättens inverkan på kollektivavtalet”, *Ny Juridik* (2000) nr. 3 s. 57-70
- Odudu (2006) Okeoghene Odudu: *The Boundaries of EC Competition Law – The Scope of Article 81* 1. utg., 2006
- Odudu og Bailey Okeoghene Odudu og David Bailey: “The single economic entity doctrine in EU competition law”, *Common Market Law Review* (2014) vol. 51, 6. utg.
- Odudu (2005) Okeoghene Odudu: “The meaning of undertaking within Article 81 EC” I: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* sJohn Bell og Claire Killpatrick (red.) 7. utg., 2005 s. 209-239

Rose og Bailey	Vivien Rosen og David Bailey: <i>Bellamy and Child - European Union Law of Competition</i> 7. utg., 2013
Säcker	Franz Jürgen Säcker: "The application of competition law to collective labour law agreement" I: <i>Competition Law : European Community Practice and Procedure Article-by-article Commentary</i> , Günther Hirsch, Frank Montag og Franz Jürgen Säcker (red.) 1. utg., 2008 s. 66-72
Sønsteli Johansen	Atle Sønsteli Johanesen: "The 'Albany-Test' Compared with the 'EFTA Guidelines'" <i>Industrial Law Journal</i> (2004) vol. 33/1 side 73-80
Sørum	Tom Sørum: "Collective agreements and competition law", <i>SIMPLY</i> (2003) s. 251-270
Sundet	Tron Sundet: "Arbeidsrettslige aspekter ved outsourcing" <i>Praktisk Økonomi og Finans</i> (2003) s. 89-96
Townley	Christopher Townley: "The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation— A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries" I: <i>EC Competition Law: A Critical assessment</i> s. Giuliano Amato og Claus-Dieter Ehlermann (red.) 1. utg., 2007 s. 3-24
Van den Berg og Camesasca	Roger J. Van den Bergh og Peter D. Camesaca: «Irreconcilable principles? The Court of Justice exempts collective labour agreements from the wrath of antitrust", <i>European Law Review</i> (2000), s. 492-508
Vousden	Stephen Vousden: "Albany, Market Law and Social Exclusion" <i>Industrial Law Journal</i> (2000) s. 181-191
Whish og Bailey	Richard Whish og David Bailey: <i>Competition Law</i> , 7. utg., 2012

Lover

Norske Lover

Konkurranseloven (krrl.)	Lov 5. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 23 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven)
EØS-konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
Arbeidstvistloven (arbeidstvistl.)	Lov 27. januar 2012 nr. 9 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

Utenlandske Lover

Monopolloven	Lov nr. 102 af 31 marts 1955 om tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsinger (monopolloven) [Danmark] Opphevet. I kraft 1955-1985.
Konkurrenslag	Konkurrenslag (1993:20) [Sverige] Opphevet. I kraft 1993-2008

Traktater

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 1992
Philadelphia-erklæringen	Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation, Philadelphia 1944

Utenlandske avgjørelser

Arbetsdomstolen 1998 nr. 12 “Tidningsutbärfallet”
(Sverige)

UfR 1965.634 H “Dansk Beklædningsarbejderforbund”
(Danmark)

EU-domstolen

Allianz Hungária	C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. m.fl. mod Gazdasági Versenyhivatal	Ikke publisert Tilgjengelig på: curia.europa.eu
Albany	C-67/96, Albany v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie	[1991] ECR I- 5751
AG2R Prévoyance	AG2R Prévoyance v Beaudout Père et Fils SARL	[2011] ECR I- 00973
AOK-Bundesverband	C-264, 306, 354 and 355/01 (joined cases) AOK-Bundesverband and Others v Hermani & Co and Others	[2004] ECR I- 02493
Becu	C-22/98, Criminal proceedings against Jean Claude Becu and Others	[1999] ECR I- 5665
Brentjens	C-115-117/97 Brentjens’ Handelonderneming v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen	[1999] ECR I- 6025

British American Tobacco	C-491/01 The Queen v British American Tobacco and Others	[2002] ECR I-11453
Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio	C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía Española de Petróleos SA	[2006] ECR I-11987
Consten and Grundig	56 and 58/64 (joined cases) Consten and Grundig v Commission	[1966] ECR 299
Dole	C-286/13 P, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission	Ikke publisert
Drijvende Bokken	C-219/97 Drijvende Bokken v Stichting Pensioensfonds voor de vervoer- en havenbedrijven	[1999] ECR I-6121
Expedia	C-226/11 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others	[2012] ECR I-795
Fenin	C-205/3 Fenin v Commission	[2006] ECR I-06295
FNV Kunsten Informatie en Media	C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden	Ikke publisert Tilgjengelig i curia.europa.eu
GlaxoSmithKline	C-501/06 P - GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others	[2009] ECR I-09291
Groupement des cartes bancaires	C-67/13 Groupement des cartes bancaires (CB) v. European Commission	Ikke publisert Tilgjengelig i curia.europa.eu
Hüls	C-199/92 P Hüls AG v. Commission	[1999] ECR I-4287
Höfner	C-41/90 Höfner and Elser v Macrotron GmbH	[1991] ECR I-1979

Metro	C-26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission	[1977] ECR 1875
MOTOE	C-49/07 MOTOE v Elliniko Dimosio	[2008] ECR I-04863
Pavlov	Forente saker C-180/98 – C-184/98 Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten	[2000] ECR-I-06451
Porto di Genova	C-343/95 Diego Cali er Figli Srl v Servizi Ecologici Porto di Genova (SEPG)	[1997] ECR I-1547
Raulin	C-357/89 V.J.M Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen	[1992] ECR I-01027
Suiker Unie	Forente saker 40-48, 50, 54-56, 11, 113 og 114/73, Suiker Unie and Others v Commission	[1975] ECR 01663
T-mobile	C-8/08 T-mobile Netherlands and others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit	[2009] ECR I-04529
Van der Woude	C-222/98 Henrik van der Woude v.Stichting Beatrixoord	[2000] ECR-I-7111
Viking	C-438/05 International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line	[2007] ECR I-10779
Wouters	C-309/99 Wouters v Algemene Raad Van de Nederlandse Orde Van Advocaten	[2002] ECR I-1577
<u>Førsteinstansretten</u>		
Métropole télévision	T-112/99 Métropole télévision and Others v Commission	[2000] ECR II-

AC-Treuhand AG	T-99/04 AC-Treuhand AG v Commission	02459 [2008] ECR II-01501
<u>EU-Kommisjonen</u>		
Irish Banks' Standing Committee	86/507/ECC Irish Banks' Standing Committee	[1986] OJ L 295 s. 28-30
<u>EFTA-domstolen</u>		
KLP-saken	E-08/00 <i>Landsorganisasjonen i Norge v Kommunenes Sentralforbud m.fl.</i>	[2002] EFTA Ct. Rep. 114
L'Oreal	E-9/07 og E-10/07 <i>L'Oréal Norge AS m.fl. v Nille AS m.fl.</i>	[2008] EFTA Ct. Rep. 259
Jæger	E-3/97 <i>Jan og Kristian Jæger AS v Opel Norge AS</i>	[1998] EFTA Ct. Rep. 1
<u>Andre dokumenter</u>		
COM (2006) 708 final. Green paper.	"Modernising Labour Law to meet the challenges of the 21st century" (Green Paper) COM (2006) 708 final, 22. November 2006	Tilgjengelig på nettadressen: http://www.europa.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282006%290708_/com_com%282006%290708_en.pdf 20.4.15
Skriftlig spørsmål nr. 777/89 til parlamentet		OJ C328/3, 31.12.1990